



Rédacteurs en chef : Edmond Picard (1881-1900) - Léon Hennebicq (1901-1940)
Charles Van Reepingen (1944-1966) - Jean Dal (1966-1981) - Roger O. Dalcq (1981-2004)

Editeurs : Larcier, rue des Minimes, 39 - 1000 Bruxelles

9 ISSN 0021-812X

CHRONIQUE SEMESTRIELLE DE DROIT COMMUNAUTAIRE (16 juillet 2004 - 31 décembre 2004)

Deux décisions importantes, qui ont été rendues pendant la période couverte, méritent d'être soulignées. Peu avant Noël, le président du Tribunal de première instance C.E. a rejeté la demande introduite par Microsoft pour obtenir la suspension de la décision prise à son encontre par la Commission européenne. Par ailleurs, dans un domaine très différent, la Cour de justice C.E. a reconnu le bien-fondé de l'exception d'ordre public invoquée par l'Allemagne pour s'opposer à l'exploitation commerciale d'un jeu laser impliquant la simulation de la mise à mort d'êtres humains. Pour la Cour, ce type de jeu porte atteinte à une valeur fondamentale consacrée par la Constitution allemande, la dignité humaine.

1 LE PROCÈS « MICROSOFT »

Rejet de la demande en suspension. — On se souvient de la décision prise par la Commission européenne dans l'affaire *Microsoft*. Pour cette institution, l'entreprise a abusé de sa position dominante (art. 82 CE) en refusant de fournir aux tiers intéressés les informations permettant à ces derniers de concevoir, et fabriquer, des serveurs de groupes compatibles avec les ordinateurs équipés du système d'exploitation fabriqué par Microsoft. Un second abus a été commis, selon la Commission, dans le fait de vendre, de manière liée, ledit système d'exploitation et le logiciel audiovisuel Windows Media Player. Microsoft refusait de vendre le système d'exploitation Windows sans le logiciel audiovisuel précité. Il était donc impossible, pour les clients, de se procurer une version Windows non équipée de ce

logiciel. Le résultat était que les concurrents étaient exclus du marché : ils ne parvenaient pas à intéresser les clients, qui disposaient déjà, à la suite de la vente liée, du logiciel concerné.

Pour remédier à ces abus, la Commission a ordonné, dans sa décision, deux mesures. La première consistait à contraindre Microsoft à fournir, aux tiers intéressés, les informations requises pour assurer la compatibilité des serveurs de groupes avec les ordinateurs équipés de Windows. La seconde était de mettre sur le marché une version Windows non équipée de Media Player, les deux versions pouvant toutefois être vendues au même prix.

Cette décision a fait l'objet d'un recours en annulation, qui est actuellement pendant devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes (« T.P.I. »). Parallèlement au recours, Microsoft a demandé la suspension de la décision. Cette suspension lui aurait permis de surseoir à l'exécution des deux mesures mentionnées ci-dessus et ordonnées par la Commission. C'est cette demande qui a été rejetée au cours de la période sous recension. Comme on le sait, un sursis à l'exécution est accordé, en droit communautaire, lorsque trois conditions sont satisfaites : la demande doit reposer sur une « apparence de droit » (*fumus boni juris*); l'exécution immédiate de la décision causerait à l'entreprise un préjudice grave et irréparable (urgence); le sursis ne mettrait pas à mal l'intérêt de la Communauté dans une mesure inacceptable.

Dans l'ordonnance rendue, le président du T.P.I. estime, principalement, que l'obtention d'une suspension n'est pas absolument indispensable. Pour lui, l'entreprise peut attendre la fin de la procédure et la prise de position de la juridiction sur le fond de l'affaire. Aucun élément n'a été mis en avant pour montrer, à suffisance de droit, qu'un préjudice grave, et, surtout, irréparable serait, à défaut, causé à l'entreprise (président du T.P.I., ord. 22 déc. 2004, T-201/04 R). L'ordonnance confirme ainsi une jurisprudence constante selon laquelle un préjudice financier n'est pas un préjudice grave et irréparable justifiant une mesure de référé.

S O M M A I R E

- Chronique semestrielle
de droit communautaire
(16 juillet 2004 - 31 décembre 2004),
par L. Defalque et P. Nihoul 141
- Divorce pour cause de séparation de fait -
Interdiction d'aggraver la situation matérielle
des enfants - Critère non pertinent et
disproportionné - Inconstitutionnalité de
l'article 232
du Code civil.
(Cour d'arbitrage, 12 mai 2004) 148
- Assurance contre le vol - Magasin inoccupé la
nuit - Connaissance du risque par l'assureur -
Introduction d'une clause incompatible avec la
description du risque - Interprétation du
contrat.
(Liège, 13^e ch., 7 septembre 2004) ... 149
- Procédure - « Le criminel tient le civil en état »
- Conditions - Chèque - Instrument de
paiement - Existence d'une obligation sous-
jacente entre le tireur et le bénéficiaire -
Conséquences.
(Comm. Bruxelles, 16^e ch.,
1^{er} décembre 2004) 151
- Action en cessation - Emploi d'une marque
déceptive - Compétence du juge de cessation -
Exclusion de la nullité de marque - Indication
de provenance trompeuse - Illicite.
(Prés. Comm. Mons, cess.,
9 novembre 2004) 152
- Chronique judiciaire :
Les deuils judiciaires -
Thémis veut être comprise... -
Communiqué - Dates retenues.

2005

141

Accords et pratiques concertées. — Un premier groupe d'affaires (2) concerne la notion d'« accord » et de « pratiques concertées ». On sait que les accords anticoncurrentiels sont interdits par l'article 81 du Traité C.E. L'interdiction est étendue par cette disposition aux pratiques concertées qui, parce qu'elles mettent aussi en œuvre une forme de concertation, ont des effets analogues à un accord. De l'enquête réalisée par la Commission, il ressortait que diverses banques allemandes s'étaient accordées, ou s'étaient en tout cas concertées, pour la fixation des charges et des commissions concernant la facturation des services de change (suites du passage à l'euro).

Le raisonnement de la Commission ne parvint pas à convaincre, toutefois, les juges du T.P.I. Ceux-ci annulèrent les diverses décisions adoptées dans cette affaire. Les arrêts ne se prêtent guère à une analyse juridique. C'est sur le terrain des faits que les avocats ont plutôt gagné le litige pour le compte des banques concernées. Notons toutefois, sur le plan du droit, qu'établir l'existence de pratiques concertées semble de plus en plus difficile. Pour contester que de telles pratiques ont été adoptées, il « suffit » aux entreprises mises en cause d'établir que leur comportement est susceptible d'être expliqué par une autre raison. Elles sont souvent aidées, dans leur effort, par des économistes, parfaitement à même d'imaginer, graphiques à l'appui, une autre explication possible. Il semble ainsi que la théorie des pratiques concertées soit appelée, de manière croissante, à rester ... une théorie (3).

Réglementation économique. — Pendant la période sous recension, la Cour a été interrogée sur la nature d'une réglementation antidopage adoptée par le Comité international olympique (*David Meca-Medina et al. c. Commission*, T-313/02, 30 sept. 2004). La question était de savoir si un tel règlement est compatible avec les règles européennes relatives à la concurrence. A cette réponse, la Cour apporte une réponse en nuances. Elle ne lie pas cette réponse à la nature de l'entité adoptant le règlement. Cette attitude est différente de la jurisprudence habituelle, où la Cour analyse surtout la nature de l'organisme en

cause : s'il s'agit-il d'une entreprise (activité économique), il faut appliquer les règles de la concurrence aux comportements adoptés par l'entité même si ces comportements ont une forme réglementaire. S'agit-il au contraire d'une autre entité ? Les règles concernant la concurrence doivent alors être écartées. Ici, la Cour se fonde plutôt sur la nature de l'acte envisagé. En l'occurrence, il s'agissait d'un règlement visant à limiter le dopage dans le sport de haut niveau. La Cour considère qu'un tel règlement ne présente pas un caractère économique. Pour elle, les règles antidopage visent à assurer un déroulement correct des manifestations sportives. Elles échappent ainsi aux règles de la concurrence.

Petites et moyennes entreprises. — L'affaire suivante (*Pollmeier Malchow c. Commission*, 14 oct. 2004, T-137/02) concernait une aide d'Etat attribuée, par l'Etat allemand, à une entreprise située sur son territoire. Le régime applicable était celui dit des « aides régionales ». Dans la région considérée, le plafond autorisé différait selon que le bénéficiaire était, ou non, une P.M.E. : l'Etat pouvait soutenir le projet à concurrence de 35% brut s'il s'agissait d'une grande entreprise. Le montant maximal était relevé à 50% brut pour les P.M.E. En l'occurrence, l'entreprise bénéficiaire prétendait qu'elle remplissait les conditions lui permettant d'être considérée comme une P.M.E. Cette prétention fut toutefois critiquée par la Commission. Aux termes de la recommandation (4) définissant la notion de « P.M.E. » dans le secteur des aides d'Etat, une entreprise constitue une P.M.E. en deçà de certains seuils calculés principalement en termes d'effectif employé et de capacités financières. Une condition supplémentaire doit être respectée : aux termes de la recommandation, une P.M.E. perd sa qualification de P.M.E. lorsque son capital est détenu par une grande entreprise (plus de 25%). L'objectif de cette limite est d'éviter les constructions juridiques, par lesquels une grande entreprise créerait une P.M.E. pour obtenir un relèvement de l'aide maximale autorisée. C'est ce dernier scénario qui s'était produit en l'espèce. En l'occurrence, l'entreprise bénéficiaire était composée de trois sociétés contrôlées directement ou indirectement par la même personne. Aucune de ces sociétés ne pouvait donc prétendre au statut de P.M.E. Le montant autorisé était donc inférieur à celui effectivement reçu par l'entité bénéficiaire : une partie devait être remboursée.

nouvelle entité. La question était posée, dans l'affaire *Delahaye*, pour l'hypothèse spécifique du passage à une entité publique. (C.J.C.E., 11 nov. 2004, C-425/02). Dans cette affaire, Mme Delahaye était salariée dans une entreprise privée. Il n'y avait pas de convention collective régissant sa rémunération. L'activité de l'entreprise fut transférée à l'Etat luxembourgeois (ministère de l'Education nationale, de la Formation professionnelle et des Sports). Cette opération donna lieu à la conclusion de contrats de travail entre l'Etat luxembourgeois et les travailleurs concernés. En vertu d'un règlement grand-ducal applicable, Mme Delahaye se vit attribuer une rémunération inférieure à celle qu'elle percevait dans sa précédente entité.

En vertu du droit communautaire (5), un nouvel employeur peut réduire la rémunération des travailleurs transférés dans son entité lorsque cette réduction a pour but de se conformer aux règles nationales en vigueur. Toutefois, il est tenu d'appliquer et d'interpréter lesdites règles, dans toute la mesure du possible, à la lumière de la finalité du droit communautaire. Dans ce cadre, il doit notamment prendre en compte l'ancienneté du travailleur lorsque les règles nationales prennent en considération cette ancienneté pour le calcul de la rémunération. Lorsque la rémunération est réduite de manière substantielle, la réduction constitue une modification substantielle des conditions de travail. Cela équivaut à une rupture intervenue du fait de l'employeur.

Licenciement collectif. — L'affaire suivante (*Commission c. Portugal*, 12 oct. 2004, C-55/02) concernait la transposition d'une directive communautaire, organisant la protection des travailleurs en cas de licenciement collectif (6). Dans l'acte de transposition, le législateur national avait indiqué que la protection était limitée aux licenciements dus au fait de l'employeur. La Commission estimait que la transposition était trop étroite : elle laissait en dehors de la protection des circonstances où des travailleurs sont licenciés collectivement sans que l'employeur soit, à proprement parler, responsable (déclaration de faillite, procédures de liquidation analogues à la faillite, expropriation, incendie, autres cas de force majeure, cessation de l'activité à la suite du décès de l'entrepreneur).

Pour la C.J.C.E., la notion de « licenciement collectif » doit recevoir une interprétation uniforme aux fins de la directive. Cette notion doit être interprétée en ce sens qu'elle englobe toute cessation du contrat de travail non voulue par le travailleur, et donc sans son consentement. Elle n'exige pas que les causes sous-jacentes correspondent à la volonté de l'employeur. La transposition réalisée par le législateur portugais était ainsi trop étroite, et que le recours introduit par la Commission était donc fondé.

(5) Directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements (*J.O.*, L 61, p. 26).

(6) Directive 98/59/CE du Conseil, du 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs (*J.O.*, L 225, p. 16).

Transfert d'entreprise. — A l'heure actuelle, les entreprises font souvent l'objet de cessions et de réorganisations. Une question intéressant les travailleurs, dans une telle hypothèse, est l'évolution des conditions de travail, notamment le salaire, avec le passage dans la

(1) La jurisprudence européenne relative au droit de la concurrence est analysée chaque année, en avril, par B. van de Walle, dans une chronique publiée au *Journal des tribunaux-droit européen* (*J.T.D.E.*). La jurisprudence sur les aides d'Etat est analysée, quant à elle, par M. Dony, dans une chronique paraissant en mai, au *J.T.D.E.*

(2) C.J.C.E., 14 oct 2004, *Dresdner Bank c. Commission*, T-44/02; *Vereins- und Westbank c. Commission*, T-54/02; *Bayerische Hypo- und Vereinsbank c. Commission*, T-56/02; *Deutsche Verkehrsbank c. Commission*, T/60/02; *Commerzbank c. Commission*, T-61/02.

(3) L'affaire peut aussi impliquer l'application du droit européen par une instance nationale. Dans un tel cas, la charge de la preuve appartiendra à l'autorité nationale, ou au requérant (ce dernier cas se produit lorsque l'affaire se déroule devant une juridiction nationale).

(4) La recommandation 96/280/CE de la Commission, du 3 avril 1996, concernant la définition des petites et moyennes entreprises (P.M.E.) (*J.O.*, L 107, p. 4).

Egalité de traitement. — Comme il avait été rappelé dans la chronique précédente, le principe de l'égalité de traitement est un principe fondamental du droit administratif européen. Le respect de ce principe est à la source de nombreux litiges, notamment lorsqu'il s'agit du principe de l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins consacrés par l'article 141, § 1^{er}, du Traité C.E. pour un même travail ou un travail de même valeur. Cette problématique a, à nouveau, fait l'objet de deux arrêts.

C'est en vertu de ce principe, mis en œuvre par la directive 76/207/CEE du 9 février 1976, que la Cour a condamné une réglementation française rendant inopposable les limites d'âge pour l'accès aux emplois publics aux veuves non remariées qui se trouvent dans l'obligation de travailler, à l'exclusion des veufs non remariés se trouvant dans la même situation (C.J.C.E., 30 sept 2004, *Briheche c. ministre de l'Intérieur, ministre de l'Education nationale et ministre de la Justice*, C 319/03). Tel n'était pas le cas en l'espèce. Dans l'arrêt, la Cour note que l'objectif poursuivi par la disposition nationale est d'aider des femmes se trouvant en situation difficile. Il ne s'agissait pas, donc, de favoriser la présence de travailleurs féminins dans un secteur économique particulier, ou de compenser une difficulté de recruter des femmes dans un type particulier de poste. Pour la Cour, cet objectif ne concerne pas l'égalité entre les travailleurs. Partant, il n'y a pas de raison de refuser un travailleur masculin se trouvant dans une situation tout aussi difficile qu'un travailleur féminin. En conséquence de quoi, la règle nationale devait être considérée comme contraire au droit communautaire.

Dans un second arrêt, la Cour rappelle sa jurisprudence constante suivant laquelle une réglementation comporte une discrimination indirecte à l'encontre des travailleurs féminins lorsque, tout en étant formulée de façon neutre, elle désavantage en fait un pourcentage beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que cette différence de traitement soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. Conformément au principe de non-discrimination, des situations comparables ne peuvent pas être traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée. Le principe ne saurait donc s'appliquer qu'à des personnes placées dans des situations comparables. Tel n'est pas le cas d'une disposition fixant la durée maximale du travail à, en principe quarante heures par semaine et huit heures par jour et s'appliquant aussi bien aux travailleurs à temps plein qu'à ceux à temps partiel. Tel n'est pas le cas non plus de contrats de travail à temps partiel des travailleurs d'une entreprise, en vertu desquels la durée du travail et l'aménagement du temps de travail ne sont pas fixes et sont fonction de la quantité de travail à fournir, déterminée au cas par cas, les travailleurs ayant le choix d'accepter ou de refuser le travail alors que les contrats de travail des travailleurs à temps plein de la même entreprise, fixent la durée du travail hebdomadaire et l'aménagement du temps de travail. Les situations envisagées ne sont pas comparables et il n'y a donc pas de discrimination (C.J.C.E., 12 oct. 2004, *Wippel*, C – 313/02).

4 DROIT FINANCIER (7)

Responsabilité de l'organisme de contrôle. — L'affaire concerne la BVH Bank, une institution financière allemande disposant de l'agrément pour exercer des activités bancaires en Allemagne mais n'étant pas soumise à un système de garantie des dépôts (Paul, C 222/02, 12 oct 2004). Cette banque fut mise en faillite. Une procédure fut introduite par divers déposants, pour obtenir le remboursement de leurs dépôts. Au cours de cette procédure, ces personnes firent valoir qu'une garantie des dépôts était prévue dans la directive communautaire 94/19 (8) et qu'ils auraient bénéficié de cette garantie si cette directive avait été transposée en temps utile par le législateur allemand.

Leur argumentation fut entendue, sur le principe, par les juridictions allemandes. Devant ces dernières, les déposants obtinrent le remboursement des dépôts dans la limite prévue par la directive après qu'il eût été démontré qu'ils se trouvaient dans les conditions requises.

Dans une seconde étape, les déposants tentèrent d'obtenir une intervention supplémentaire pour couvrir l'ensemble de la perte subie. A cet effet, ils firent valoir que la faillite était intervenue à la suite d'une déficience dans la surveillance exercée par l'organisme chargé de contrôler les banques en Allemagne. Or, un tel contrôle est prévu par un ensemble de directives communautaires également dans le domaine financier (9). Ils devaient donc obtenir une réparation complète, sur la base de la responsabilité pouvant être imputée à l'Etat en cas de violation du droit communautaire.

Cette demande ne fut pas acceptée. En droit allemand, un organisme public chargé de contrôler un secteur économique ne peut se voir imposer l'obligation de réparer un dommage subi par des tiers à la suite d'une prétendue déficience dans le contrôle. Cette règle était mise en cause dans la procédure devant la Cour. Mais la Cour refusa de suivre l'argumentation présentée par les requérants au principal. Pour la juridiction, les directives

(7) Pour une analyse systématique de la jurisprudence européenne, voy. la chronique publiée au *J.T.D.E.*, chaque année, sur le sujet, par M. Tison, en janvier.

(8) La directive 94/19/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 1994, relative aux systèmes de garantie des dépôts (*J.O.*, L 135, p. 5).

(9) Première directive 77/780/CEE du Conseil, du 12 déc 1977, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (*J.O.*, L 322, p. 30), de la directive 89/299/CEE du Conseil, du 17 avril 1989, concernant les fonds propres des établissements de crédit (*J.O.*, L 124, p. 16), ainsi que de la deuxième directive 89/646/CEE du Conseil, du 15 déc. 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780 (*J.O.*, L 386, p. 1).

concernées harmonisent les législations nationales dans la mesure nécessaire pour parvenir à une reconnaissance mutuelle des agréments et des systèmes de contrôle prudentiel. L'objectif est qu'un agrément unique puisse être reconnu dans toute la Communauté. Il est aussi d'établir le principe du contrôle par l'Etat membre d'origine. En revanche, les directives ne créent pas des droits en faveur des déposants en cas d'indisponibilité de leurs dépôts causée par une surveillance défaillante. Elles ne peuvent donc être invoquées par des particuliers, pour demander que soit compensée une perte subie en cas de faillite d'un établissement bancaire.

5 FISCALITÉ (10)

Impôt sur le revenu. — M. Manninen est assujéti à l'impôt à titre principal en Finlande (Manninen, C-319/02, 7 sept 2004). Il possède des actions d'une société suédoise cotée à la bourse de Stockholm (Suède). Les bénéfices sont distribués sous la forme de dividendes. Ce type de revenu est frappé, en Suède, d'une imposition au titre de l'impôt sur les sociétés. Les dividendes sont également soumis en Suède, au moyen d'une retenue à la source, à un impôt sur les revenus de capitaux. Ces différentes impositions ne sont pas prises en compte, toutefois, par la législation finlandaise, pour calculer l'impôt dû en Finlande. En particulier, les dividendes distribués par des sociétés étrangères à des contribuables finlandais ne donnent pas droit, en Finlande, à un avoir fiscal. Ils sont soumis, dans ce dernier Etat membre, à l'impôt sur le revenu frappant les revenus de capitaux. La Cour considère que la réglementation fiscale finlandaise a pour effet de dissuader les personnes assujéties à l'impôt à titre principal en Finlande d'investir leurs capitaux dans des sociétés ayant leur siège dans un autre Etat membre. La Cour rejette les arguments présentés par les gouvernements concernés pour justifier une telle réglementation (cohérence du système fiscal, obstacles pratiques, etc.).

Assujettissement de sicav luxembourgeoises. — L'affaire concerne la sixième directive T.V.A. (11) Pendant la période en cause, la Banque Bruxelles Lambert (BBL) a fourni des prestations de services à des sicav gérées par l'une de ses filiales luxembourgeoises (Banque Bruxelles Lambert (BBL), C-8/03, 21 oct 2004). La question consiste à déterminer si la T.V.A. est due sur ces opérations et, dans l'affirmative, où (en quel pays) elle doit être acquittée.

(10) Pour une analyse systématique de la jurisprudence européenne, voy. la chronique publiée chaque année, sur le sujet, en juin, par E. Traversa au *J.T.D.E.*

(11) Directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - Système commun de taxe sur la valeur ajoutée : assiette uniforme, *J.O.C.E.*, L 145, p. 1, ci-après la « sixième directive ».

6 BASES DE DONNÉES

Au terme de la réglementation communautaire (directive citée ci-dessus), la simple acquisition et la seule détention de parts sociales ne sont pas des activités économiques conférant à leur auteur la qualité d'assujetti. La Cour considère toutefois que cette présentation ne correspond pas aux prestations fournies par les sicav. Pour la juridiction, ces dernières effectuent des opérations qui consistent dans le placement collectif en valeurs mobilières des capitaux recueillis auprès du public. Avec les capitaux que les souscripteurs déposent en achetant des parts, les sicav constituent et gèrent, pour le compte de ceux-ci et contre rémunération, des portefeuilles composés de valeurs mobilières. Une telle activité excède le cadre de la simple acquisition et de la simple vente de titres. Elle vise à produire des recettes ayant un caractère de permanence. Elle constitue donc une activité économique. Il s'ensuit que les sicav ont la qualité d'assujetti au sens de la sixième directive. Au terme de la directive, les prestations fournies aux sicav sont taxables (T.V.A.) à l'endroit où ces entités ont établi le siège de leur activité. En l'occurrence, c'est donc au grand-duché de Luxembourg, où se trouve ce siège, que la T.V.A. devait être acquittée, et non en Belgique...

Etendue de la protection. — Dans la société de l'information, les bases de données occupent une place importante. En droit communautaire, elles ont fait l'objet de quatre arrêts rendus récemment par la C.J.C.E. L'objet des procédures était de déterminer dans quelle mesure ces bases de données sont protégées. En l'occurrence, trois arrêts concernaient la protection de données provenant de l'organisation de championnats de football (C.J.C.E., 11 sept. 2004, *Fixtures marketing c. Veikkaus*, C-46/02; *Fixtures marketing c. Svenska Spel*, C-338/02; *Fixtures marketing c. O.P.A.P.*, C-444/02). La dernière affaire concernait des données provenant de l'organisation de courses hippiques (C.J.C.E., *The British Horseracing Board*, C-203/02).

Dans ces diverses affaires, la principale question consistait à déterminer dans quelle mesure la personne ou l'entité ayant mis au point la base de données peut, ou non, s'opposer à l'usage de ces dernières par des tiers. La matière est régie par une directive communautaire : la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données. Aux termes de cette directive, la protection couvre tout recueil comprenant des œuvres, des données ou d'autres éléments, séparables les uns des autres sans que la valeur de leur contenu s'en trouve affectée, et comportant une méthode ou un système, de quelque nature que ce soit, permettant de retrouver chacun de ses éléments constitutifs. La notion couvre ainsi un calendrier de rencontres de football.

La directive prévoit que les investissements liés à l'obtention du contenu d'une base de

données bénéficient d'une protection. Cette protection couvre les moyens consacrés à la recherche d'éléments existants et à leur rassemblement dans ladite base. Elle ne comprend pas les moyens mis en œuvre pour la création des éléments constitutifs du contenu d'une base de données. Dans le contexte de l'établissement d'un calendrier de rencontres aux fins de l'organisation de championnats de football, elle ne vise dès lors pas les moyens consacrés à la détermination des dates, des horaires et des paires d'équipes relatifs aux différentes rencontres de ces championnats.

Les notions d'extraction et de réutilisation, qui sont également visées par la directive, doivent être interprétées comme se référant à tout acte non autorisé d'appropriation et de diffusion au public de tout ou partie du contenu d'une base de données. Ces notions ne supposent pas un accès direct à la base de données. Supposons que le contenu de la base ait été rendu accessible au public par la personne qui l'a constituée ou avec son consentement : cette circonstance n'affecte pas le droit, pour cette personne, d'interdire les actes d'extraction et/ou de réutilisation portant sur la totalité ou sur une partie substantielle du contenu d'une base de données.

7 SERVICES ET ÉTABLISSEMENT (12)

Conditions de nationalité. — Le régime d'immatriculation des navires prévu par la loi des Pays-Bas a pour effet de restreindre la liberté d'établissement des propriétaires desdits navires qu'il s'agisse de ressortissants communautaires, mais également de sociétés bénéficiaires du droit d'établissement en vertu de l'article 48 du Traité C.E., c'est-à-dire constituée en conformité avec la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté.

La réglementation des Pays-Bas fixe, en effet, des conditions relatives à la nationalité des actionnaires et des administrateurs de sociétés propriétaires d'un navire de mer que celles-ci souhaitent immatriculer aux Pays-Bas, à la nationalité des personnes physiques chargées de la gestion courante de l'établissement à partir duquel l'activité de navigation maritime qui est requise pour l'immatriculation d'un navire est exercée, à la nationalité des administrateurs de sociétés d'armement de navires de mer immatriculés aux Pays-Bas et de domicile des administrateurs de sociétés d'armement de navires de mer immatriculés aux Pays-Bas (C.J.C.E., 14 oct. 2004, C-299/02, *Commission c. Pays-Bas*).

Restrictions aux deux libertés. — Conformément à une jurisprudence constante, doivent être considérées comme des restrictions à la liberté d'établissement, interdites par

l'article 43 du Traité C.E., toutes les mesures qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de cette liberté. Tel est le cas de l'interdiction de rémunérer les comptes de dépôts à vue, prévue par la réglementation française et qui constitue pour les sociétés des autres Etats membres un obstacle sérieux à l'exercice de leurs activités par l'intermédiaire d'une filiale en France (C.J.C.E., 5 oct. 2004, *Caixa Bank c. France*). Cette réglementation française est disproportionnée par rapport aux raisons impérieuses d'intérêt général invoquées par le gouvernement français en l'espèce, à savoir la protection des consommateurs et l'encouragement de l'épargne à moyen et à long terme.

La loi autrichienne interdisant l'exercice de certaines professions médicales techniques, en dehors d'un contrat d'emploi, est contraire tant au droit d'établissement qu'à la libre prestation des services dans la mesure où elle a pour effet d'empêcher un professionnel d'un autre Etat membre d'exercer ce type de profession en Autriche, à titre indépendant et en dehors de tout contrat d'emploi (C.J.C.E., 9 sept. 2004, C-81/03, *Commission c. République d'Autriche*).

La législation luxembourgeoise imposant aux prestataires de services établis dans un autre Etat membre, qui souhaitent détacher sur son territoire des travailleurs ressortissants d'un Etat tiers, un permis individuel de travail dont la délivrance est subordonnée à des considérations liées au marché de l'emploi ou une autorisation de travail collective qui n'est accordée que dans des cas exceptionnels et pour autant que les travailleurs concernés soient liés depuis six mois au moins avant le début de leur détachement à leur entreprise d'origine par des contrats de travail à durée déterminée, et imposant à ces mêmes prestataires de services l'obligation de fournir une garantie bancaire, a été jugée contraire à la libre prestation des services (C.J.C.E., 21 oct. 2004, C-445/03, *Commission c. Luxembourg*).

La même condamnation a été appliquée à la loi des Pays-Bas relative aux entreprises privées de gardiennage et de recherche dans la mesure où cette loi impose des obligations aux prestataires de services étrangers et à leur personnel sans tenir compte des obligations et des contrôles auxquels ceux-ci sont déjà soumis dans leur Etat membre d'origine (C.J.C.E., 7 oct. 2004, C-189/03, *Commission c. Pays-Bas*).

Par contre, une réglementation nationale, comme celle de l'Allemagne, selon laquelle une entreprise de construction qui charge une autre entreprise d'effectuer des travaux de construction répond, en tant que caution ayant renoncé au bénéfice de discussion, des obligations de cette entreprise ou d'un sous-traitant pour le paiement du salaire minimal d'un travailleur ou de cotisations dues en vertu d'une convention collective est licite. Tel est le cas même si l'objectif prioritaire de la réglementation considérée n'est pas la protection de la rémunération du travailleur mais consiste à prévenir une concurrence déloyale de la part d'entreprises rémunérant leurs travailleurs à un niveau inférieur au salaire minimal imposé dans l'Etat d'accueil (C.J.C.E., 12 oct. 2004, C-60/03, *Wolf et Müller*).

Le système de bonus-malus existant en matière d'assurance en France et au Luxembourg a

(12) Pour une analyse systématique de la jurisprudence européenne, voy. la chronique publiée par L. Defalque au *J.T.D.E.* (prochaine livraison : septembre 2005).

également été considéré comme licite, eu égard à la libre prestation des services dans le secteur de l'assurance non-vie (C.J.C.E., 7 sept 2004, *Commission c. France*). En effet, le législateur communautaire a entendu garantir le principe de la liberté tarifaire dans le secteur de l'assurance non-vie, ce qui implique l'interdiction de tout système de notification préalable ou systématique et d'approbation des tarifs qu'une entreprise d'assurances se propose d'utiliser dans ses relations avec les preneurs d'assurance. Ainsi, la Cour avait considéré comme contraire au principe de la liberté tarifaire le système italien de blocage des prix affectant aussi bien la fixation que l'évolution des tarifs dans le cadre des contrats en matière de responsabilité civile liée à la circulation automobile portant sur un risque situé sur le territoire italien. Les systèmes français et luxembourgeois de bonus-malus sont d'une autre nature que la législation italienne condamnée par la Cour. Ce système comporte certes des répercussions sur l'évolution des primes mais n'aboutit pas à une fixation directe des tarifs par l'Etat, les entreprises d'assurances restant libres de fixer la hauteur des primes de base. Dans ces conditions, les régimes français et luxembourgeois de bonus-malus ne sauraient être assimilés à un système d'approbation des tarifs contraire au principe de la liberté tarifaire.

Ordre public : dignité humaine. — Un arrêté allemand interdisant à une société d'exploiter son « laser droom » selon le modèle de jeu développé et légalement commercialisé au Royaume-Uni, faisait l'objet de questions préjudicielles au regard tant de la libre prestation des services que de la libre circulation des marchandises. Appliquant une jurisprudence bien établie, la Cour considère, dans un premier temps que l'aspect de la libre prestation des services prévaut, en l'espèce, sur celui de la libre circulation des marchandises et qu'il n'y a donc pas lieu d'examiner de manière autonome la compatibilité de l'arrêté avec les dispositions du Traité régissant la libre circulation des marchandises.

Elle examine ensuite l'exception d'ordre public invoquée par l'Allemagne pour justifier l'arrêté litigieux. Selon la conception prévalant dans l'opinion publique allemande, l'exploitation commerciale de jeux de divertissement impliquant la simulation d'actes homicides porte atteinte à une valeur fondamentale consacrée par la Constitution allemande, à savoir la dignité humaine. Dans ce contexte, la Cour rappelle que les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect et que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme revêt une signification particulière. Le respect des droits fondamentaux constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction à la libre prestation des services. Toutefois, des mesures restrictives de la libre prestation des services ne peuvent être justifiées par des motifs liés à l'ordre public que si elles sont nécessaires pour la protection des intérêts qu'elles visent à garantir et seulement dans la mesure où ces objectifs ne peuvent être atteints par des mesures moins restrictives. Il n'est pas indispensable, à cet égard, que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un Etat membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des Etats membres. La Cour n'en-

tend pas formuler un critère général pour apprécier la proportionnalité de toute mesure nationale qui restreint l'exercice d'une activité économique. L'interdiction de l'exploitation commerciale de jeux de divertissement impliquant la simulation d'actes de violence contre les personnes, en particulier leur présentation d'actes de mise à mort d'êtres humains, correspond au niveau de protection de la dignité humaine que la Constitution allemande a entendu assurer. En outre, en interdisant uniquement la variante du jeu laser qui a pour objet de tirer sur des cibles humaines et donc de « jouer à tuer » des personnes, l'arrêté litigieux n'est pas allé au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par les autorités nationales compétentes. Dès lors, l'arrêté allemand est justifié et ne porte pas une atteinte disproportionnée à la libre prestation des services (C.J.C.E., 14 oct. 2004, C-36/02, *Omega*).

Libre prestation des services et cabotage maritime. — *Définition d'une île.* — L'article 1^{er} du règlement n° 3577/92 du Conseil du 7 décembre 1992 établit clairement le principe de la libre prestation des services de cabotage maritime dans la Communauté. L'article 6, § 3 du règlement comporte cependant une exonération pour les îles. La Grèce avait tenté d'étendre cette exonération au Péloponnèse en prenant argument du fait que cette région est actuellement séparée du continent par le canal de Corinthe. Cette argumentation donne l'occasion à la Cour de définir la notion d'île comme une étendue de terre ferme émergée de manière durable dans les eaux d'une mer. Le Péloponnèse ayant été séparé du reste de la Grèce par un canal artificiel large de quelques dizaines de mètres, il ne peut recevoir la qualification d'île au sens du règlement applicable (C.J.C.E., 21 oct. 2004, C-288/02, *Commission c. Grèce*).

LA LIBRE CIRCULATION DES MARCHANDISES (13)

Compléments alimentaires. — *Médicaments.* — Nous avons indiqué dans notre chronique précédente que l'Allemagne et l'Autriche avaient été condamnées dans le cadre de réglementations classant comme « médicaments » des compléments alimentaires provenant d'autres Etats membres. L'Autriche a maintenant été condamnée du chef d'une interdiction réglementaire de vendre par correspondance des compléments alimentaires (C.J.C.E., 28 oct. 2004, C-497/03, *Commission c. Autriche*).

La France fait également l'objet d'une condamnation dans la mesure où elle n'a pas prévu de réglementation spécifique relative à l'autorisation d'importation de médicaments en provenance d'autres Etats membres lorsque ceux-ci sont identiques à des médicaments déjà autorisés en France (C.J.C.E.,

(13) Pour une analyse systématique de la jurisprudence européenne, voy. la chronique publiée chaque année, sur le sujet, par J.-P. Keppenne, au *J.T.D.E.*

12 oct. 2004, C-263/03, *Commission c. France*).

Environnement. — *Emballages et déchets d'emballages.* — Sur requête de la Commission, la Cour a condamné la réglementation allemande obligeant les producteurs et distributeurs utilisant des emballages à usage unique à remplacer leur participation à un système global de collecte par l'instauration d'un système de consignation et de reprise individuelle. Cette réglementation a été jugée contraire à la directive 94/62/CE du 20 décembre 1994, relative aux emballages et aux déchets d'emballages (14) et à la directive 80/777 du 15 juillet 1980 relative à l'exploitation et la mise dans le commerce des eaux minérales naturelles (15). Cette nouvelle réglementation entraîne pour tout producteur et distributeur utilisant de tels emballages des coûts supplémentaires liés à l'organisation de la reprise des emballages, du remboursement des montants de consignations et de l'éventuelle compensation desdits montants entre distributeurs. Or, il était établi qu'en l'espèce, les producteurs d'eaux minérales naturelles originaires des autres Etats membres utilisaient considérablement plus d'emballages à usage unique en matière plastique que les producteurs allemands. La Cour considère qu'il est sans pertinence que les importations de boissons conditionnées dans des emballages à usage unique ne soient pas interdites par la réglementation litigieuse et qu'en outre, la possibilité existe pour les producteurs de recourir à des emballages réutilisables. En effet, une mesure susceptible d'entraver les importations doit être qualifiée de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative même si l'entrave est faible et s'il existe d'autres possibilités d'écoulement des produits.

Toutefois, la Cour reconnaît que l'instauration d'un système de consignation et de reprise individuelle est de nature à augmenter le taux de retour des emballages vides et conduit à un tri sélectif des déchets d'emballage, ce qui contribue à améliorer la valorisation de ces derniers. En outre, dans la mesure où le prélèvement d'une consigne incite le consommateur à retourner les emballages vides aux points de vente, il contribue à la réduction des déchets dans la nature. Au surplus, la réglementation encourage les producteurs et distributeurs à recourir à des emballages réutilisables, ce qui contribue à la réduction des déchets à éliminer, laquelle constitue l'un des objectifs généraux de la politique de protection de l'environnement. La protection de l'environnement pourrait donc justifier la réglementation allemande. Toutefois, celle-ci n'est pas jugée conforme au principe de proportionnalité dans la mesure où elle impose un délai de six mois aux producteurs et aux distributeurs pour s'adapter aux exigences du nouveau système. (C.J.C.E., 14 déc. 2004, *Commission c. Allemagne*, C 463/01, et *Radlberger Getränkegesellschaft et Spitz*, C-309/92).

(14) Directive 94/62/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 1994 relative aux emballages et aux déchets d'emballage, *J.O.C.E.*, n° L 365, p. 10.

(15) Directive 80/777/CEE du Conseil du 15 juillet 1980 relative au rapprochement des législations des Etats membres concernant l'exploitation et la mise dans le commerce des eaux minérales naturelles, *J.O.C.E.*, n° 229, p. 1.

LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES (16)

Conditions de nationalité. — Le règlement n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille (17) ne s'applique pas aux prestations en faveur des victimes de la guerre, qui ne peuvent pas non plus être considérées comme des « avantages sociaux » au sens du règlement n° 1612/68 (18). Dès lors, une réglementation nationale qui refuse le bénéfice d'une prestation en faveur d'anciens prisonniers de guerre à un demandeur qui ne possède pas la nationalité de l'Etat membre concerné, est licite (C.J.C.E., 16 sept. 2004, *Baldinger*, C-386/02).

Par contre, une discrimination indirecte fondée sur la nationalité imposée pour l'octroi et le paiement d'allocations d'interruption de carrière porte obstacle à la libre circulation des travailleurs. La législation belge en cette matière a été condamnée au titre des articles 39 du Traité C.E., du règlement n° 1612/68 et du règlement n° 1408/71 en ce qu'elle contenait une condition de résidence ou de domicile en Belgique (C.J.C.E., 7 sept. 2004, *Commission c. Belgique*, C-469/02).

2005 Les conditions de nationalité imposées par l'Autriche pour le droit à l'éligibilité au sein des chambres du travail et au sein du comité d'entreprise et de l'assemblée plénière des chambres du travail a également fait l'objet d'une condamnation par la Cour de justice dans la mesure où cette condition porte atteinte à la libre circulation des travailleurs ressortissants d'autres Etats membres de l'Union ou de l'Espace économique européen ou encore de pays tiers avec lesquels la Communauté a conclu un accord prévoyant le principe de non-discrimination en ce qui concerne les conditions de travail (C.J.C.E., 16 sept. 2004, *Commission c. Autriche*, C-465/01).

La libre circulation des travailleurs prévue par certains accords d'associations, par exemple, l'accord d'association entre la Communauté et la Turquie comporte certains droits pour les membres de la famille du travailleur appartenant au marché régulier de l'emploi d'un Etat membre. Cette notion de « membre de la famille » n'était pas définie dans le cadre de cet accord d'association et l'a été par la Cour comme comprenant le beau-fils âgé de moins de 21 ans ou à charge d'un travailleur turc régulièrement employé dans un Etat membre à

partir du moment où il a été autorisé à rejoindre ce travailleur dans l'Etat membre d'accueil (C.J.C.E., 30 sept. 2004, *Ayaz*, C-275/02).

Statuant à propos d'une réglementation fiscale allemande, la Cour rappelle encore que la règle de l'égalité de traitement inscrite tant à l'article 39 du Traité C.E. que dans le règlement n° 1612/68 sur la libre circulation des travailleurs, prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui aboutissent en fait au même résultat. Dès lors, une disposition fiscale de droit national qui est susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux, est indirectement discriminatoire à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi. Tel n'est pas le cas de la réglementation visée en l'espèce qui consiste à réduire l'impôt sur les salaires allemands lors de la détermination de la base de calcul d'une allocation temporaire, ce qui désavantage les travailleurs frontaliers par rapport aux travailleurs résidant en Allemagne et imposés dans ce dernier Etat (C.J.C.E., 16 sept. 2004, *Merida*, C-400/02).

Citoyenneté européenne. — Dans deux arrêts, la Cour de justice a confirmé que le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres. Ce statut est celui de toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre et lui donne un droit direct à séjourner sur le territoire des Etats membres en vertu de l'article 18, § 1^{er}, du Traité C.E. Ainsi, un enfant mineur en bas âge, possédant la nationalité d'un Etat membre, couvert par une assurance maladie appropriée et à charge d'un parent ressortissant d'un Etat tiers dont les ressources sont suffisantes pour que l'enfant mineur ne devienne pas une charge pour les finances publiques de l'Etat membre d'accueil, bénéficie d'un droit de séjour à durée indéterminée sur le territoire de l'Etat d'accueil (C.J.C.E., 19 oct. 2004, *Catherine Zhu et Chen*, C-200/02).

La qualité de citoyen de l'Union permet également à une personne qui ne bénéficie pas dans l'Etat d'accueil d'un droit de séjour au titre de la libre circulation des travailleurs, de la libre prestation des services ou du droit d'établissement, de bénéficier d'un droit de séjour par application directe de l'article 18, § 1^{er}, du Traité. L'exercice de ce droit est toutefois soumis aux limitations et conditions visées dans la même disposition mais moyennant le respect des principes généraux du droit communautaire et notamment du principe de proportionnalité. A cet égard, si les Etats membres peuvent conditionner le séjour d'un citoyen de l'Union, économiquement non actif à la disponibilité de ressources suffisantes, ils ne peuvent priver une telle personne de l'égalité de traitement consacrée à l'article 12 du Traité C.E. aussi longtemps que le séjour de cette personne est légal dans l'Etat membre d'accueil. Ainsi, un citoyen de l'Union qui dispose d'une carte de séjour dans l'Etat membre d'accueil ne peut être privé de prestations d'assistance sociale s'il remplit les conditions exigées pour les nationaux. Toutefois, il reste loisible à l'Etat d'accueil de constater qu'un citoyen européen qui a recours à l'assis-

tance sociale ne remplit plus les conditions auxquelles est soumis son droit de séjour. Dans un tel cas, l'Etat d'accueil peut prendre une mesure d'éloignement mais celle-ci ne peut pas être liée de manière automatique au recours au système de l'assistance sociale (C.J.C.E., 7 sept. 2004, *Trojani c. c.p.a.s. Bruxelles*, C-456/02).

10 LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS

Clauses abusives. — La directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (19) a pour objet d'assurer la protection de ceux-ci dans leurs relations contractuelles avec des professionnels. De manière à assurer une large protection aux consommateurs en la matière, l'article 6, § 2, de la directive prévoit que le consommateur ne peut pas être privé de la protection accordée par la directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres. Dans sa transposition de cette disposition, l'Espagne avait choisi de préciser que les règles de protection des consommateurs contre les clauses abusives étaient applicables, quelle que soit la loi choisie, dans les termes prévus à l'article 5 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. L'article 5, § 2, de la Convention de Rome prévoit que le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assure la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle, si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition ou d'une publicité et que le consommateur a accompli dans ce pays les actes à la conclusion du contrat, ou si le cocontractant du consommateur a reçu la commande dans ce pays ou encore si le consommateur a passé la commande dans un pays étranger à la suite d'un voyage organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente de marchandises. En outre, la loi espagnole prévoyait que la protection s'appliquait aux contrats soumis à une loi étrangère lorsque l'adhérent avait manifesté son consentement sur le territoire espagnol et lorsqu'il y a sa résidence habituelle.

Sur requête de la Commission, la Cour de justice a condamné comme incorrecte cette transposition de la directive par l'Espagne. La Cour a considéré que l'article 6, § 2, de la directive, en indiquant que le contrat doit présenter « un lien étroit avec le territoire des Etats membres », visait, par une formule générale, à permettre la prise en considération de différents éléments de rattachement en fonction des circonstances de la cause. Si la notion délibérément vague de « lien étroit »

(16) Pour une analyse systématique, voy. la chronique publiée chaque année, sur le sujet, par J.-Y. Carlier, au *J.T.D.E.*

(17) Règlement n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, tel que modifié et mis à jour par le règlement C.E. n° 118/97 du Conseil du 2 décembre 1996 (*J.O.C.E.*, 1997 n° L 28, p. 1)

(18) Règlement C.E. n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *J.O.C.E.*, n° L 257, p. 2.

(19) Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (*J.O.C.E.*, n° L 95, p. 29).

que le législateur communautaire a retenue peut éventuellement être concrétisée par des présomptions, elle ne saurait être limitée par une combinaison de critères de rattachement prédéfinis tels que les conditions cumulatives relatives à la résidence et à la conclusion du contrat visées à l'article 5 de la Convention de Rome (C.J.C.E., 9 sept. 2004, *Commission c. Espagne*, C 70/03).

LE DROIT DES MARQUES

Première directive d'harmonisation

Nom patronymique répandu. — Le droit des marques alimente toujours de manière importante la jurisprudence de la Cour et du Tribunal. Seul un arrêt a été rendu à propos de la première directive 89/104/CE du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques (20), les autres arrêts concernant tout le règlement sur la marque communautaire (21). L'arrêt relatif à la directive d'harmonisation en matière de droit national des marques concerne le caractère distinctif que peut revêtir un nom patronymique répandu. Le caractère distinctif d'une marque, quelle que soit la catégorie dont elle relève, doit faire l'objet d'une appréciation concrète. La perception du public intéressé n'est pas nécessairement la même pour chacune des catégories de marques et il peut s'avérer plus difficile d'établir le caractère distinctif des marques de certaines catégories que d'autres. Un patronyme, même répandu, peut remplir la fonction d'origine de la marque et donc être distinctif pour certains produits ou services lorsqu'il ne se heurte pas à un motif de refus d'enregistrement, à savoir, par exemple, le caractère générique ou descriptif de la marque ou bien l'existence d'un droit antérieur. L'appréciation de l'existence du caractère distinctif d'une marque constituée par un nom patronymique, même répandu, doit être faite concrètement par rapport d'une part, aux produits ou aux services pour lesquels l'enregistrement est demandé et, d'autre part, à la perception des milieux intéressés (C.J.C.E., 16 sept. 2004, *Nichols*, C-404/02).

Règlement sur la marque communautaire. — **Caractère distinctif.** — Le caractère distinctif d'une marque tridimensionnelle, en l'espèce, un flacon blanc et transparent destiné à contenir des produits de lessive a fait l'objet d'une appréciation du Tribunal dans le cadre du règlement n° 40/94 sur la marque communautaire. Le Tribunal rappelle qu'un caractère distinctif minimal suffit pour qu'une marque puisse être enregistrée. En l'espèce, la marque tridimensionnelle demandée est in-

habituelle et apte à permettre de distinguer les produits en cause de ceux ayant une autre origine commerciale. Cette considération est corroborée par l'enregistrement, par la requérante, d'une marque tridimensionnelle de forme identique à celle de la marque demandée dans onze Etats membres de l'Union (T.P.I., 24 nov. 2004, *Henkel c. O.H.M.I.*, T-393/02).

Comme elle l'avait déjà fait précédemment, la Cour confirme qu'il est plus difficile d'établir le caractère distinctif d'une marque tridimensionnelle que d'une marque verbale ou figurative. Les consommateurs moyens n'ont en effet pas pour habitude de présumer l'origine des produits en se basant sur leur forme ou celle de leur emballage en l'absence de tout élément graphique ou textuel. Il s'agissait en l'espèce de cinq demandes de marque tridimensionnelle communautaire portant sur les formes de cinq lampes de poche. La Cour confirme sur pourvoi le refus d'enregistrement des marques demandées (C.J.C.E., 7 oct. 2004, *Mag c. O.H.M.I.*, C-136/02 P).

Couleurs. — Comme il avait été relevé dans la chronique précédente, des couleurs ou des combinaisons de couleurs, peuvent constituer une marque, dès lors que certaines conditions sont remplies. Une couleur en elle-même, peut donc acquérir, pour les produits ou services pour lesquels est demandé l'enregistrement, un caractère distinctif après l'usage qui en a été fait. En revanche, l'existence d'un caractère distinctif avant tout usage ne pourrait se concevoir que dans des circonstances exceptionnelles. Lorsque pour les produits ou les services concernés, certaines couleurs sont communément utilisées, elles ne peuvent faire l'objet d'un enregistrement au titre de marque car elles ne présentent pas le caractère distinctif requis (C.J.C.E., 21 oct. 2004, *K.W.S. Saat c. O.H.M.I.*, C-447/02 P).

Renommée d'une marque nationale antérieure. — La société italienne Emilio Pucci avait demandé l'enregistrement des signes figuratifs Emilio Pucci pour un certain nombre de produits et de services, notamment des produits de parfumerie, des produits en cuir, des textiles, des vêtements, chaussures et chapeaux. Les grands magasins espagnols bien connus El Corte Inglés avaient fait opposition en invoquant le risque de confusion avec diverses marques nationales dont ils étaient titulaires et notamment deux marques constituées du signe figuratif Emidio Tucci. Cette opposition a été rejetée par le Tribunal, qui a rappelé que dans l'examen de la condition relative à la renommée invoquée en l'espèce, la marque nationale antérieure devait être connue d'une partie significative du public concerné par les produits ou services couverts. Or, la prétendue renommée des marques Emidio Tucci n'est pas considérée comme suffisamment établie par les preuves fournies par El Corte Inglés dès lors que celles-ci ne contiennent pas d'éléments objectifs suffisamment circonstanciés pour permettre d'apprécier la part de marché détenue par ces marques en Espagne, l'intensité, l'étendue géographique et la durée de leur usage ou l'importance des investissements faits par l'entreprise pour les promouvoir (T.P.I., 13 déc. 2004, *El Corte Inglés c. O.H.M.I. et Emilio Pucci*, T-8/03).

Confusion. — Selon une jurisprudence constante, constitue un risque de confusion, le risque que le public puisse croire que les produits ou les services en cause proviennent de la même entreprise, ou, le cas échéant, d'entreprises liées économiquement. Ce risque de confusion doit être apprécié globalement selon la perception que le public pertinent a des signes et des produits ou services en cause et en tenant compte de tous les facteurs pertinents en l'espèce, notamment de l'interdépendance entre la similitude des signes et celle des produits ou services désignés. Cette appréciation globale du risque de confusion doit être fondée sur l'impression d'ensemble produite par la similitude visuelle, phonétique ou conceptuelle des signes en conflit, en tenant compte, notamment de leurs éléments distinctifs et dominants. Appliquant ce principe en l'espèce, le tribunal considère que pour le public visé, constitué de consommateurs hispanophones, les signes en cause sont similaires sur les plans visuels et phonétiques. Comme les produits visés par les marques en cause sont identiques ou très similaires, la chambre de recours a constaté à bon droit l'existence d'un risque de confusion (T.P.I., 6 oct. 2004, *Vitakraft-Werke Wührmann et Sohn c. O.H.M.I.*, T-356/02).

Appréciant dans un autre arrêt le risque de confusion, le Tribunal relève que, si le consommateur moyen perçoit normalement la marque comme un tout et ne se livre pas à un examen de ses différents détails, en général ce sont les caractéristiques dominantes et distinctives d'un signe qui sont plus facilement mémorisées. Au surplus, dans l'appréciation globale du risque de confusion, les aspects visuels, auditifs ou conceptuels des risques en conflit n'ont pas toujours le même poids. Il importe donc d'analyser les conditions objectives dans lesquelles les marques peuvent se présenter sur le marché. L'importance des éléments de similitude ou de différence des signes peut dépendre, notamment, des caractéristiques intrinsèques de ceux-ci, ou des conditions de commercialisation des produits ou services que les marques en conflit désignent. Si les produits désignés par les marques sont normalement vendus dans des magasins en libre-service, une similitude visuelle des signes sera d'une plus grande importance. Si en revanche, le produit visé est surtout vendu oralement, il sera normalement attribué plus de poids à une similitude auditive. En l'espèce, il s'agit de vêtements, dont le choix se fait, généralement, de manière visuelle. L'aspect visuel revêt, de ce fait plus d'importance dans l'appréciation globale du risque de confusion. Dès lors, il y aura confusion s'il n'est pas exclu que le consommateur perçoive les marques demandées comme des lignes de production spéciales provenant de l'entreprise titulaire de la marque antérieure (T.P.I., 6 oct. 2004, *New Look c. O.H.M.I.*, aff. jtes T-117/03 à T-119/03 et T-171/03).

L. DEFALQUE
Professeur à l'U.L.B.
P. NIHOUL
Professeur à l'U.C.L.

(20) Première directive 89/104/CE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques, *J.O.C.E.*, 1989 n° L 40, p. 1.

(21) Règlement C.E. n° 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire, *J.O.C.E.*, 1994, n° L 11, p. 1.