

SOMMAIRE

- Chronique de droit communautaire, par L. Defalque et P. Nihoul 313
- Le point sur... :
La sanction différenciée des vices de signification dans la jurisprudence de la Cour de cassation, par X. Taton 321
- Responsabilité professionnelle - Avocat - Devoirs de conseil et de diligence - Portée - Transaction conclue dans l'ignorance d'une jurisprudence non publiée au jour de sa conclusion - Faute (non). (Trib. féd. suisse, 1^{re} cour dr. civ., 10 juillet 2008) 322
- I. Action en justice - Personne morale de droit public - Délégation du pouvoir d'estimer en justice - Fonctionnaire délégué par le ministre compétent - Exigence de la preuve de la décision d'estimer du fonctionnaire (non) - II. Action en justice - Demande - Citation - Mentions - Personne morale - Indication des personnes physiques qui sont ses organes (art. 703, al. 3, C. jud.) - Portée de l'exigence - Sursis au jugement (art. 703, al. 4, C. jud.) - Présomption de l'absence d'autorisation d'estimer en justice (non) - III. Avocat - Mandat *ad litem* (art. 440, al. 2, C. jud.) - Présomption réfragable - Charge de la preuve. (Cass., 2^e ch., 12 novembre 2008) . 324
- I. Emphytéose - Cession - Transcription - Opposabilité de la cession - Conséquence quant à la révocation - II. Option d'achat - Option consentie à une société ou à toute autre personne qu'elle se substituera - Dérogation à l'article 1690 du Code civil - Opposabilité de la cession de l'option - III. Emphytéose et option d'achat - Conventions formant un tout - Durée distincte - Levée de l'option d'achat - Révocation ultérieure de l'emphytéose inopérante - IV. Vente d'immeuble - Lésion de plus des sept douzièmes - Emphytéose - Évaluation de l'immeuble et actualisation du prix au moment de la levée de l'option - Canon majoré d'intérêts composés et du solde du prix - V. Dépens - Indemnité de procédure - Révocation d'emphytéose - Affaire non évaluable en argent - Dépens non taxés par le premier juge - Dépens liquidés en appel pour les deux instances - Application des dispositions nouvelles - Simplicité de la cause - Indemnité minimale. (Bruxelles, 16^e ch., 24 septembre 2008) . 327
- Chronique judiciaire :
La vie du palais - Échos - Bibliographie - Dates retenues.

DOCTRINE

Chronique de droit communautaire

L E DROIT EUROPÉEN est parfois perçu comme étant limité aux dispositions concernant la concurrence et le marché intérieur. Ces dispositions sont bien sûr importantes. Mais elles n'épuisent pas la richesse des domaines qu'il affecte, comme le montrent les arrêts rendus durant la période couverte par la recension¹.

1

Protection des libertés fondamentales

Ainsi, le droit communautaire comporte un nombre croissant de règles concernant la justice, la sécurité, les affaires intérieures : des règles qui, parfois contre toute attente, peuvent modifier, dans une mesure substantielle, la pratique du droit dans les États membres, et qui requièrent, pour cette raison, l'attention du praticien.

Par exemple : durant la période couverte, les juridictions communautaires ont rendu plusieurs arrêts précisant les conditions dans lesquelles les avoirs d'individus ou d'associations peuvent être gelés en raison de liens qu'ils sont supposés entretenir avec des organisations terroristes².

Ces affaires posent la question de la mesure dans laquelle des personnes peuvent être privées de leurs ressources au nom de la sécurité publique, et des garanties procédurales qui doivent accompagner les décisions prises dans ce cadre.

Les mesures dont question trouvent leur source dans des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité des Nations unies. Conformément à la répartition des compétences dans l'Union, ces résolutions ont été mises en œuvre, en Europe, par le Conseil. Ce dernier établit de manière périodique la liste des entités/personnes visées. La liste est régulièrement mise à jour. Une inscription sur la liste est subordonnée à l'existence d'« informations précises », ou d'« éléments de dossier » attestant qu'une « décision » a été prise par une autorité nationale à l'encontre des personnes ou entités visées, pour des faits pouvant être associés au terrorisme³.

Ces mesures ont suscité plusieurs litiges, dont l'un concerne la « People's Mojahedin Organization of Iran » (en abrégé : PMOI) : une organisation qui, selon ses dires, cherche à installer un régime démocratique en Iran.

Cette organisation fut soupçonnée par le Conseil, d'organiser ou de soutenir des opérations terroristes pour réaliser son objectif. Pour cette raison, elle fit l'objet d'une inscription sur la liste. L'inscription donna lieu à un premier arrêt intervenu avant la période couverte par la présente chronique⁴. Dans cet arrêt, le T.P.I. mettait en cause la procédure suivie par le Conseil pour l'inscription sur la liste des entités/personnes soupçonnées. En substance, cette procédure ne prévoyait pas la communication des éléments à charge. Ces éléments n'avaient pas même été communiqués, d'ailleurs, à un quelconque moment, à l'organisation, avant l'introduction du recours. Comble : devant le Tribu-

(1) Cette période va du 16 juillet 2008 au 31 décembre 2008. La plupart des arrêts analysés dans la présente chronique sont aussi commentés au *Journal de droit européen*, J.D.E., auquel nous renvoyons pour une analyse plus approfondie.

(2) Sur le sujet, voy. Y. MOINY, « Le contrôle, par le juge européen, de certaines mesures communautaires visant à lutter contre le financement du terrorisme », J.D.E., 2008, p. 137. Voy. aussi J. ALMQVIST, « A human rights critique of European judicial review : counter-terrorism sanctions », *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, pp. 303-331.

(3) Les actes communautaires pertinents sont présentés de manière systématique dans l'arrêt du T.P.I., du 12 décembre 2006, *Organisation des modjahedines du peuple d'Iran c. Conseil* (1), aff. T-278/02.

(4) Arrêt du T.P.I., du 12 décembre 2006, précité.

nal, le Conseil n'avait pas pu identifier avec certitude la décision nationale sur laquelle se fondait l'inscription⁵.

En réaction, le Conseil modifia la procédure mais il maintint l'inscription de l'organisation. Nouveau recours, nouvelle annulation, intervenant cette fois dans la période de référence⁶. Pour le T.P.I., le Conseil n'a pas tenu compte d'éléments nouveaux concernant l'organisation visée. L'inscription était fondée sur une ordonnance adoptée par le ministre britannique de l'Intérieur. Or, cette ordonnance venait d'être mise à mal, sur recours, dans l'ordre interne, sans que le Conseil explique pourquoi l'inscription était maintenue en dépit du changement.

À nouveau, le Conseil persista et maintint l'organisation sur la liste. Pourtant, le ministre britannique venait de retirer son ordonnance. La seule base subsistant pour une inscription était l'ouverture d'une information judiciaire, en France, et l'adoption de deux réquisitoires, dans ce dernier pays, contre des membres présumés de l'organisation. Troisième arrêt d'annulation⁷. Pour le T.P.I., ces seuls éléments ne sont pas de nature à permettre le maintien de l'inscription. D'autres éléments existent peut-être mais le Tribunal ne peut pas déterminer s'ils sont suffisants en raison du refus, par le Conseil, de les communiquer à la juridiction, au motif que ces informations sont considérées comme confidentielles par l'État dont ils émanent (France).

Que retenir de ces affaires? Sans doute la position délicate dans laquelle se trouve le Conseil qui, d'un côté, doit mettre en œuvre les mesures adoptées par le Conseil de sécurité de l'O.N.U. et dépend, de l'autre, des informations ou éléments fournis par les États membres, en étant tenu de respecter la confidentialité exigée par ces derniers. Mais avant tout la fermeté de la juridiction communautaire, pour qui toute décision affectant les droits fondamentaux⁸ doit être soumise à un strict contrôle de légalité sans aucune exception⁹.

(5) Pour rappel, l'inscription doit être fondée sur des informations précises ou des éléments de dossier attestant qu'une décision nationale a été prise par une autorité compétente à l'encontre de la personne ou organisation inscrite en lien avec un acte ou un projet terroriste.

(6) Arrêt du T.P.I., du 23 octobre 2008, *PMOI c. Conseil* (2), aff. T-256/07.

(7) Arrêt du T.P.I., du 4 décembre 2008, *PMOI c. Conseil* (3), T-284/08.

(8) Sur les droits fondamentaux dans l'Union européenne, voy. la chronique annuelle publiée en avril chaque année par O. De Schutter au *Journal de droit européen*.

(9) Pour le T.P.I., « ce contrôle s'avère d'autant plus indispensable qu'il constitue la seule garantie procédurale permettant d'assurer un juste équilibre entre les exigences de la lutte contre le terrorisme international et la protection des droits fondamentaux. Les limitations apportées par le Conseil aux droits de la défense des intéressés devant être contrebalancées par un strict contrôle juridictionnel indépendant et impartial... le juge communautaire doit pouvoir contrôler la légalité et le bien-fondé des mesures de gel des fonds, sans que puissent lui être opposés le secret ou la confidentialité des éléments de preuve et d'information utilisés par le Conseil » (§ 75).

2

Rapports entre le droit international et le droit communautaire

Les rapports entre le droit international et le droit communautaire ont fait l'objet d'une jurisprudence relativement abondante de la Cour de justice qui soulève deux problèmes distincts. Dans quelle mesure un accord entre État membre et État tiers ou État membre et organisation internationale peut-il être considéré comme une source de droit communautaire? Et quel est l'effet direct éventuel de tels accords ou d'accords communautaires, c'est-à-dire d'accords conclus par la Communauté avec des États tiers ou des organisations internationales¹⁰?

Statuant sur la première de ces questions, la Cour de justice a souligné le principe de l'autonomie du droit communautaire conformément auquel les conventions de droit international ne constituent des sources de droit communautaire que si elles ne sont pas en contradiction avec les grands principes de l'ordre juridique communautaire¹¹.

Statuant sur l'effet direct éventuel de telles conventions internationales, la Cour a depuis l'origine estimé qu'il fallait procéder à une double vérification : l'intention des parties contractantes de donner un effet direct aux dispositions de la convention internationale en cause et le caractère clair, précis et inconditionnel de la disposition considérée.

Suivant une jurisprudence constante inaugurée à l'époque du GATT¹², la Cour a considéré que les accords du GATT et ensuite les accords conclus au sein de l'O.M.C. constituaient bien une source de droit communautaire mais n'avaient pas d'effet direct. Ainsi, ni les dispositions des accords O.M.C., ni les décisions rendues par l'organe de règlement des litiges de l'O.M.C. ne peuvent être utilisées comme moyens lors d'un recours en annulation d'une mesure de droit communautaire ou lors d'une action en responsabilité contre une institution communautaire¹³.

Une question légèrement différente se posait dans le cadre de la transposition en droit communautaire des résolutions du Conseil de sécurité de l'O.N.U. Un règlement communautaire mettant en œuvre de telles résolutions ayant un caractère contraignant pour les membres de l'O.N.U., pouvait-il faire l'objet d'un contrôle de légalité au regard de règles de droit communautaire jugées supérieures à ce règlement?

(10) Voy. à ce sujet J. RIDEAU, *Ordre juridique de l'Union européenne*, sources écrites, *Jur. cl. Europe*, fasc. 190, 2007.

(11) Voy. notamment sur le GATT, arrêt de la C.J.C.E. du 12 décembre 1972, *International Fruit Cy*, aff. jointes 21-24/72; voy. sur un accord conclu par un État membre de la Communauté européenne avant son adhésion : arrêt de la C.J.C.E. 4 juillet 2000, *Commission c. Portugal*, C-62/98 et C-84/98.

(12) Arrêt de la C.J.C.E., 12 décembre 1972, *International Fruit Cy*, aff. jointes 21-24/72.

(13) Arrêt du T.P.I., du 9 septembre 2008, *FIAMM et Fedon c. Conseil et Commission*, aff. jointes C-120/06 P et C-121/06 P. Cet arrêt a été analysé ci-dessus en ce qui concerne l'existence éventuelle d'un régime de responsabilité sans faute.

La question se posait dans une affaire concernant, à nouveau, le gel d'avoirs de certaines entités, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme¹⁴.

Dans le premier type de contentieux que nous venons d'analyser¹⁵, les résolutions du Conseil de sécurité de l'O.N.U. ordonnaient des mesures de gel des avoirs en laissant aux États membres le soin d'identifier les personnes et entités à viser par ces mesures. Par contre, dans l'affaire commentée ici, les personnes et entités visées figuraient dans les résolutions du Conseil de l'O.N.U. et dès lors, les actes de mise en œuvre adoptés par le Conseil de l'Union européenne avaient l'allure d'une simple transposition. Dans ce contexte, il devenait difficile de distinguer le contrôle pouvant être exercé par la Cour sur des actes de droit communautaire, au titre notamment de la protection des droits fondamentaux, et le contrôle sur la résolution de l'O.N.U. elle-même. Tout contrôle portant sur le premier type d'acte risquait d'être interprété comme un contrôle portant sur la résolution de l'O.N.U. alors même que celle-ci relevant d'un autre ordre juridique, les juridictions communautaires n'avaient pas compétence pour en examiner la validité.

Dans son arrêt, la Cour confirme la compétence du Conseil pour adopter les actes de droit communautaire qui étaient attaqués. Elle affirme aussi son droit de contrôle sur l'acte communautaire au regard des règles supérieures faisant partie de l'ordre juridique communautaire. Les juridictions communautaires ont le pouvoir et le devoir de contrôler la compatibilité des actes communautaires avec les droits fondamentaux. Dès lors, elles ont la compétence et même l'obligation d'annuler les actes communautaires contraires à de tels droits fondamentaux. Cette compétence n'est pas affectée par la circonstance que les actes de droit communautaire se limitent à transposer des résolutions du Conseil de l'O.N.U. qui ont valeur contraignante. Pour la Cour, son contrôle de légalité découle de la nature même du droit communautaire : celui-ci constitue un système juridique autonome et le droit international ne devient une source de droit communautaire que s'il ne porte pas atteinte à cet ordre juridique propre.

Bien entendu, le contrôle de légalité du juge communautaire ne porte pas sur la résolution du Conseil de sécurité de l'O.N.U. La Cour prend soin d'affirmer que sa jurisprudence ne met pas en cause la primauté du droit international. Toutefois, le contrôle de légalité qu'elle exerce pourra avoir pour résultat que l'acte de droit international ne s'intégrera pas à l'ordre juridique communautaire, chaque fois que l'acte communautaire de transposition sera jugé invalide.

(14) Arrêt de la Cour, du 3 septembre 2008, *Kadi e.a. c. Conseil*, aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P. Voy. P. D'ARGENT, « Arrêt Kadi : le droit communautaire comme droit interne », *J.D.E.*, p. 265. Voy. aussi C. ECKES, « Judicial review of European anti-terrorism measures : the *Yusuf* and *Kadi* judgments of the Court of First Instance », *European Law Journal*, 2008, pp. 74-92; M. GAUTHIER, « Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux : le droit international sous la surveillance de la Cour de justice des Communautés européennes », *La semaine juridique*, édition générale, 2008, 5 novembre, pp. 36-40.

(15) Voy. ci-avant sous le titre « Protection des libertés fondamentales ».

3

**Protection
des données personnelles
et « fichages » des étrangers¹⁶**

Autre affaire concernant la protection des droits et libertés : l'Allemagne avait institué un registre centralisé rassemblant certaines données à caractère personnel sur les étrangers séjournant sur le territoire allemand pour une période supérieure à trois mois. Le registre était utilisé à des fins statistiques. Il était aussi consulté par les autorités judiciaires et les services de sécurité/police dans le cadre de poursuites et recherches relatives à des agissements dangereux ou mettant en danger l'ordre public.

L'existence de fichier faisait l'objet d'une controverse politique intense dans ce pays qui semblait « rattrapé », à cet égard, par son passé, sur ce point.

L'existence d'un tel fichier était-elle acceptable? Que penser, par ailleurs, des usages qui en étaient faits? Ces usages pouvaient-ils être acceptés au regard de la liberté qui doit être reconnue aux personnes, une liberté qui implique une forme de contrôle sur les données à caractère personnel les concernant?

Dans un arrêt célèbre par les défenseurs des droits de l'homme, la législation allemande est réputée contraire au droit communautaire. Elle est abordée par la Cour sous l'angle de la protection réservée aux données présentant un caractère personnel. Le droit communautaire ne s'oppose pas au droit, pour les États membres, de rassembler des informations sur les mouvements de population sur son territoire (usage statistique). Toutefois, cet usage ne requiert pas que soient consignées, conservées et consultées des informations présentant un caractère personnel. Par ailleurs, le droit communautaire permet que des données soient rassemblées dans la lutte contre la criminalité. Mais ces données doivent alors concerner toutes les personnes présentant un danger sans être limitées aux étrangers...

4

**Protection
des données personnelles
et liberté de la presse**

Un second arrêt rendu dans ce domaine pendant la période recensée concernait les limitations à la protection des données personnelles qui peuvent découler de la liberté de la presse¹⁷. En l'espèce, une société finlandaise publiait dans un journal régional finlandais des données personnelles publiques recueillies auprès des autorités fiscales finlandaises. Ces publications reprenaient le nom d'environ 1,2 million de personnes physiques dont le re-

venu excédait certains seuils, le montant quasi exact de leurs revenus et des indications concernant l'imposition de leur patrimoine. Cette société finlandaise avait conclu un accord avec une société de téléphones mobiles qui avait mis en place un service de SMS permettant aux utilisateurs de téléphones portables de recevoir contre paiement d'environ 2 EUR, les informations publiées dans le journal régional déjà mentionné. À la demande de personnes physiques concernées, les données personnelles pouvaient être retirées de ce service.

Certains particuliers avaient invoqué la violation de leur vie privée et la protection des données à caractère personnel conformément à la directive 95/46/CE¹⁸. Le médiateur chargé de la protection des données personnelles a demandé au tribunal compétent d'interdire la poursuite du traitement des données à caractère personnel en cause.

Dans son arrêt, la Cour souligne que la publication et le service de SMS en cause constituent un traitement de données à caractère personnel entrant dans le champ d'application de la directive 95/46/CE même si les fichiers des autorités publiques utilisés reprennent des informations déjà publiques. À défaut, il suffirait aux États membres de publier des données à caractère personnel pour que la protection figurant dans la directive ne s'applique plus.

La Cour tente alors de résoudre le conflit entre la protection de la vie privée et la liberté d'expression, toutes deux étant considérées comme des droits fondamentaux. Pour tenir compte de l'importance de la liberté d'expression dans toute société démocratique, les notions qui s'y rapportent, et notamment le journalisme, doivent recevoir une interprétation large, tandis que les exceptions à la protection du droit fondamental à la vie privée doivent s'entendre strictement.

Dès lors, la Cour considère que les activités en cause portant sur des données personnelles provenant de documents publics suivant la législation nationale, peuvent être qualifiées d'activités de journalisme si elles ont pour finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées sous quel que moyen de transmission que ce soit. Le tribunal compétent devra apprécier si les activités litigieuses ont bien pour seule finalité la divulgation publique d'informations, d'opinions ou d'idées.

5

Responsabilité sans faute¹⁹

Les entreprises et les particuliers peuvent-ils assigner les institutions communautaires en responsabilité lorsque ces dernières n'ont commis aucune « faute » à proprement parler? Une réponse positive entraînerait une augmentation

du nombre de recours introduits devant les juridictions communautaires. La responsabilité des institutions communautaires est régie dans le Traité CE lui-même²⁰ et sa mise en œuvre en cas de faute a fait l'objet d'une jurisprudence abondante²¹. Il restait à déterminer si le régime s'applique aussi en l'absence d'une faute. Le principe d'une telle extension a été accepté par le T.P.I.²². Mais cette dernière juridiction a pris le soin d'en écarter l'application dans l'attente peut-être d'une indication à fournir par la Cour...

Celle-ci s'est enfin prononcée, dans une affaire concernant les règles européennes organisant l'importation de bananes dans la Communauté. Ces règles avaient fait l'objet de plusieurs analyses quant à leur validité devant les juridictions communautaires. L'idée d'une illicéité avait été chaque fois écartée²³. Dans l'affaire examinée, des requérantes demandaient, cette fois, la condamnation de la Communauté sur la base, notamment²⁴, du dommage²⁵ qu'elles avaient subi à la suite de l'introduction de ces règles en dehors de toute contestation portant sur l'illicéité éventuelle des comportements en cause.

Dans sa jurisprudence, la Cour s'est toujours montrée restrictive²⁶ dans la définition des conditions à satisfaire pour engager la responsabilité communautaire. C'est avec cette attitude qu'elle aborde le problème qui lui était posé. Comme on pouvait s'y attendre, elle rejette la demande. Pour elle, l'idée d'une responsabilité sans faute doit être écartée dans le chef des institutions communautaires²⁷.

Dans l'arrêt, la Cour apporte des « précisions »²⁸ à cette position. Tout d'abord, le législateur européen peut indemniser les particuliers lorsqu'il leur inflige un dommage excessif. Ensuite, ce législateur doit respecter les droits fondamentaux dont le droit à la propriété et l'exercice libre des

(20) Article 235 et 288 CE.

(21) Voy. K. LENAERTS, D. ARTS et I. MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, Sweet & Maxwell, pp. 384 et s., 2^e éd.; S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Larcier, 2005, pp. 663 et s., 4^e éd.

(22) Arrêt du T.P.I., du 14 décembre 2005, *FIAMM et FIAMM Technologies c. Conseil et Commission*, T-69/00, § 159; arrêt du T.P.I., du 14 décembre 2005, *Fedon & Figli e.a. c. Conseil et Commission*, T-135/01, § 152.

(23) Sur le sujet, voy. notamment C. GREWE, « Le "traité de paix" avec la Cour de Luxembourg : l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 juin 2000 relatif au règlement du marché de la banane », *Rev. trim. dr. eur.*, 2001, pp. 1-17.

(24) Les requérantes avançaient encore d'autres arguments. Elles se référaient notamment à une décision rendue par l'organe de règlement des litiges et concluant à l'incompatibilité entre les règles européennes et les règles internationales organisant le libre échange des marchandises (O.M.C.). De cette décision, les requérantes déduisaient une illicéité ouvrant droit, selon elles, à la mise en cause de la responsabilité communautaire pour faute. Cet argument sera également rejeté. Sur le sujet, voy., dans la présente chronique, la section sur les relations entre le droit communautaire et le droit international.

(25) Ces règles ont été considérées contraires aux règles de l'O.M.C. par l'organe de règlement des litiges. Les États-Unis, qui avaient introduit la plainte, ont été autorisés à introduire des mesures de rétorsion (surtaxe douanière). Les entreprises européennes frappées par ces mesures ont subi un dommage, dont elles demandent la réparation.

(26) Voy. notamment le paragraphe 174 de l'arrêt discuté.

(27) Paragraphe 179. Argument principal : il n'existe pas de convergence, en ce sens, au sein des États membres. Argument non mentionné mais essentiel : l'acceptation d'une telle responsabilité entraînerait l'introduction d'un nombre inacceptable de recours chaque année...

(28) §§ 180 et s.

(16) Arrêt de la C.J.C.E., du 16 décembre 2008, *Huber*, aff. C-524/06.

(17) Arrêt de la C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Tietosujavaltuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy*, C-73/07.

(18) Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données, J.O. L 281, p. 31.

(19) Arrêt de la C.J.C.E., 9 septembre 2008, *FIAMM et Fedon c. Conseil et Commission*, aff. jointes C-120/06 P et C-121/06 P.

activités économiques. Des restrictions à ces droits peuvent être acceptées à la condition qu'elles ne soient pas démesurées et intolérables. À défaut, le dommage devrait faire l'objet d'une indemnisation²⁹.

L'arrêt donnera sans doute lieu à commentaires, et on n'est pas sûr que la Cour en sortira à son avantage. La juridiction était confrontée à la possibilité de déclarer responsables les institutions communautaires en l'absence d'une faute commise par elles. Elle prend position sur le problème, mais les « précisions » qu'elle apporte à cette position concernent des atteintes démesurées et intolérables aux droits fondamentaux : toutes atteintes qui sont de nature à entacher la validité des actes communautaires et ouvrent ainsi la voie à des recours en responsabilité fondés sur la faute des institutions communautaires...

6

Niches fiscales³⁰

La concurrence oppose les entreprises. Elle met aussi aux prises les États. Le processus peut présenter un avantage : par la concurrence fiscale, les États sont incités à utiliser mieux les ressources publiques. À l'inverse, la concurrence fiscale peut aussi produire une spirale négative où, pour maintenir un niveau satisfaisant d'investissement sur leur territoire, les autorités publiques doivent diminuer les prélèvements, donc les services rendus à la population (éducation, justice, sécurité, santé, etc.). Il peut en résulter un affaiblissement des conditions dans lesquelles des richesses peuvent être produites de manière satisfaisante. À côté de cette conséquence négative, la concurrence fiscale pousse chaque autorité à promouvoir le bien-être de « ses citoyens » sans considérer celui des territoires voisins : une attitude qui porte atteinte à l'idéal européen consistant à organiser une union sans cesse plus étroite entre les peuples au sein de l'Union...

À ce jour, les institutions communautaires ont été, tour à tour, attirées par les avantages résultant du processus, et par ses inconvénients. Elles n'ont donc pas pu définir encore une attitude claire sur le sujet. La question est traitée sous l'angle de l'application des règles concernant les aides d'État. Comme on le sait, les aides sont interdites. L'interdiction s'applique aux mesures sélectives : celles qui apportent à une ou plusieurs entreprises un avantage entraînant une distorsion de la concurrence. En revanche, les mesures ayant une application gé-

nérale ne sont pas analysées comme constituant des aides. Les autorités restent libres de fixer le taux de retenue au niveau qu'elles souhaitent, même si ce taux est bas et détournent ainsi des investissements qui, à défaut, iraient ailleurs.

Le processus connaît un rebondissement avec son association à la régionalisation. Dorénavant, ce ne sont plus seulement les États qui essaient d'attirer les investisseurs, les régions mènent aussi des actions en ce sens. Les institutions communautaires sont ainsi confrontées à une « palette » de situations publiques concurrentielles de plus en plus variées.

Premier type de situation : supposons qu'un État accorde des mesures aux entreprises situées dans une région. L'objectif est de soutenir le développement de cette région. Les mesures sont-elles licites? Non, si l'on se réfère à l'interdiction rappelée ci-dessus. Comme elles sont limitées à une région, les mesures adoptées par l'État ont un caractère sélectif qui entraîne l'application de l'interdiction. C'est ce que rappelle le T.P.I. dans un arrêt rendu durant la période de référence et concernant l'extension, par la loi italienne, aux entreprises implantées sur le territoire insulaire de Venise et de Chioggia, du régime d'aides prévu depuis 1978 en faveur du Mezzogiorno³¹.

Seconde situation : une région introduit sur son territoire un régime fiscal favorable. Cette mesure est-elle soumise à l'interdiction? Elle présente un caractère général au regard de l'autorité dont elle émane puisque, pour peu qu'elle ne soit pas réservée à certaines firmes, elle s'adresse à tous les acteurs situés sur son territoire pour peu qu'ils remplissent les conditions générales mentionnées dans la règle concernée. La sélectivité faisant défaut, il faut en conclure que la mesure est licite au regard des dispositions européennes relatives aux aides d'État.

C'est ce que décide le T.P.I. à propos de la décision prise par trois autorités basques de baisser à 32,5% le taux de l'impôt sur les sociétés alors que le taux normal en Espagne, en l'absence de disposition régionale contraire, s'élève à 35%. Dans son arrêt³², la juridiction vérifie si les autorités concernées disposent du pouvoir d'arrêter des mesures fiscales ayant un caractère général sur leur territoire. Il répond par la positive, en se basant sur une analyse dont les contours ont été examinés dans un précédent arrêt³³.

La comparaison des deux situations montre qu'une mesure attirant des investisseurs dans une région a un caractère illicite lorsqu'elle est adoptée par un État, mais devient licite si elle émane de la région elle-même.

Un environnement est ainsi créé où l'État est incité à accorder l'autonomie fiscale à ses régions et où, lorsque cette autonomie n'est pas volon-

tiers concédée, les régions sont encouragées dans leurs revendications.

Par ailleurs, la jurisprudence crée des groupes de régions ayant des intérêts distincts voire opposés. Les régions pauvres ont intérêt à baisser la fiscalité pour attirer les investisseurs. Leur situation est dramatique. Elle n'empêchera pas si les recettes publiques diminuent. De la même manière, les régions riches ont intérêt à baisser les prélèvements. Elles disposent d'infrastructures pouvant attirer les investisseurs. Une fiscalité attrayante peut fournir un argument décisif. En revanche, les régions à richesse « moyenne » sont placées par la nouvelle jurisprudence dans une situation peu confortable. Une baisse des prélèvements ferait perdre à leur population des avantages sociaux durement acquis. Et elles ne peuvent aligner, pour attirer les investisseurs, les avantages dont disposent les régions riches³⁴.

7

Commerce parallèle

Une firme dominante peut-elle cloisonner les marchés nationaux pour la distribution de ses produits et réaliser ainsi un profit maximal sur chaque marché national? On peut s'étonner que la question même soit posée. Très tôt, les institutions communautaires ont considéré qu'une telle stratégie ne peut être acceptée. Elle met directement en cause un objectif essentiel poursuivi par le droit communautaire, la réalisation d'un marché interne entre les États membres. Aussi lesdites institutions ont-elles clairement affirmé que la pratique contrevient aux articles 81 CE et 82 CE lorsque sont satisfaites les autres conditions mentionnées dans ces dispositions³⁵.

C'est sans compter sur l'évolution que connaît le droit communautaire de la concurrence.

(29) Paragraphe 184 : « un acte normatif communautaire dont l'application conduit à des restrictions au droit de propriété et au libre exercice d'une activité professionnelle, qui porteraient une atteinte démesurée et intolérable à la substance même desdits droits, le cas échéant à défaut, précisément, d'avoir prévu une indemnisation propre à éviter ou à corriger ladite atteinte, pourrait engager la responsabilité extracontractuelle de la Communauté ».

(30) Sur les aides d'État, voy. de façon générale la chronique publiée par M. Dony, professeur à l'U.L.B., en avril de chaque année, au *Journal de droit européen* (J.D.E.). Pour les aides présentant un caractère fiscal, voy. aussi la chronique publiée par E. Traversa, professeur à l'U.C.L., en juin de chaque année, dans la même revue.

(31) Les charges sociales dues par les employeurs avaient été réduites. Elles avaient été supprimées pour les nouveaux emplois. La Commission avait conclu à l'illegalité. Sa décision est confirmée par le T.P.I. Arrêt du T.P.I. du 28 novembre 2008, *Hotel Cipriani*, aff. jointes T-254/00, T-270/00, T-277/00.

(32) Arrêt du T.P.I. du 11 septembre 2008, *UGT-Rioja* e.a., aff. jointes C-428/06 à C-434/06.

(33) L'analyse implique que soient tour à tour examinées l'autonomie institutionnelle, l'autonomie procédurale et l'autonomie des autorités concernées. Voy. arrêt de la C.J.C.E. du 6 septembre 2006, *Portugal c. Commission*, C-88/03.

(34) La Commission ne s'y est pas trompé dans l'affaire *Gibraltar*. Le Royaume-Uni lui avait notifié une réforme envisagée par le gouvernement de Gibraltar et concernant l'impôt sur les sociétés. Pour la Commission, la réforme consiste à créer un nouveau territoire *off shore* relevant de la souveraineté britannique et à acheminer vers cette région, donc cet État, des ressources fiscales en provenance d'entreprises soucieuses d'échapper à une fiscalité « ordinaire ». La réforme consistait principalement à supprimer l'impôt « classique » sur les revenus des sociétés pour le remplacer par une taxe calculée en fonction du nombre de salariés employés sur le territoire de Gibraltar. Pour la Commission, ce nouvel impôt favorisait les entreprises qui n'auraient pas de réelle présence physique à Gibraltar. Elle conclut à l'existence d'une aide d'État. Sa décision est toutefois annulée par le T.P.I. sur la base de la jurisprudence émergente. Arrêt du T.P.I. du 18 décembre 2008, *Gibraltar*, T-211/04 et T-215/04. Pour cette juridiction, les mesures fiscales visées ont une portée générale. Elles sont applicables à l'ensemble des personnes morales présentes sur le territoire de Gibraltar. Elles n'ont donc pas le caractère « sélectif » requis pour entraîner l'application de l'interdiction...

(35) L'article 81 CE interdit les ententes. Son application suppose ainsi la conclusion d'un accord entre des firmes indépendantes. Sous l'empire de cette disposition, le cloisonnement a été interdit dans l'arrêt de la C.J.C.E. du 13 juillet 1966, *Consten et Grundig*, aff. jointes 56 et 58/64. Quant à l'article 82 CE, il réprime les abus commis par des firmes dominantes. L'application de cette disposition est donc soumise à l'établissement d'une position dominante. Pour l'interdiction du cloisonnement sous cette disposition, voy. l'arrêt de la C.J.C.E. du 14 février 1978, *United Brands c. Commission*, aff. 27/76.

Cette évolution a affecté, dans un premier temps, les règles applicables aux accords dits « verticaux », qui sont conclus entre des firmes situées à des niveaux distincts de la chaîne économique. Ces entreprises, a-t-on dit, devraient avoir la possibilité d'organiser leurs relations sans intervention publique excessive. Ainsi, il fallait « assouplir » le droit de la concurrence pour leur donner davantage de liberté.

C'est dans cet esprit qu'a été rendu, par le T.P.I., un arrêt analysé dans une précédente chronique et concernant un cloisonnement examiné au regard de l'article 81 CE³⁶. En l'espèce, la firme pharmaceutique GSK limitait les ventes aux grossistes susceptibles d'exporter les médicaments de manière parallèle vers d'autres pays où ces médicaments pourraient être vendus à des prix plus élevés. La pratique était condamnée par la Commission, en application de la jurisprudence rappelée ci-dessus. Pour le T.P.I., cette jurisprudence devait toutefois être revue. Dorénavant, on ne pourrait plus se contenter d'interdire en soi une telle pratique commerciale. Il faudrait vérifier si, dans les faits, un tel cloisonnement produit effectivement un résultat défavorable pour le consommateur.

L'arrêt ayant été rendu en première instance, on s'interrogeait sur l'attitude qu'adopterait, sur pourvoi, la Cour. Celle-ci vient de prendre position, indirectement, dans une autre affaire impliquant la même entreprise³⁷. En l'occurrence, GSK avait interrompu les livraisons à des distributeurs grecs soupçonnés d'exporter de façon parallèle ses produits vers des pays plus riches. L'affaire avait été portée devant des instances nationales, qui interrogeaient la Cour à titre préjudiciel. Cette fois, la pratique était envisagée au regard de l'article 82 CE.

Dans son arrêt, la Cour rappelle le principe posé dans la jurisprudence. Un cloisonnement constitue un abus lorsqu'il est mis en œuvre par une firme dominante. À ce principe, elle apporte une nuance inédite à ce jour. Selon la juridiction, une firme dominante peut, pour défendre ses intérêts commerciaux, fixer une limite à la fourniture de grossistes lorsque ces derniers lui commandent des « quantités significatives » présentant un « caractère anormal ». Le caractère anormal doit être apprécié au regard des livraisons antérieures réalisées à ce distributeur et au regard des besoins du marché national.

La voie est ouverte à une première adaptation de la jurisprudence concernant les entreprises dominantes. Est-ce l'annonce d'une évolution de la jurisprudence concernant l'application de l'article 82 CE, qui était demandée par plusieurs observateurs ? À ce jour, l'adaptation semble limitée au secteur pharmaceutique dont les entreprises font valoir que des profits substantiels sont nécessaires pour investir dans la recherche de médicaments nouveaux au bénéfice du consommateur/patient. Ainsi, les juridictions communautaires sont confrontées à un

problème éminemment politique suscité par l'application du droit de la concurrence : comment répartir les ressources étant donné la variété des intérêts divergents et convergents existant sur les marchés et dans la société ?

8

Responsabilité du régulateur

Dans une précédente chronique, nous avons souligné l'importance d'un arrêt adopté par le T.P.I. et qualifiant de « faute » l'application incorrecte, par la Commission, des règles communautaires de la concurrence³⁸. Cet arrêt, relevions-nous alors, ouvre la voie à des recours en chaîne de la part d'entreprises ayant obtenu l'annulation d'une décision défavorable à leur endroit. L'affaire concernait l'entreprise française Schneider, qui avait acheté une autre firme puis avait dû la revendre dans des conditions défavorables à la suite de l'interdiction de l'opération par la Commission européenne dans le cadre du contrôle des concentrations³⁹.

Cette jurisprudence se voit affecter d'un tempérament, introduit par la même juridiction⁴⁰ au cours de la période ouverte. Les circonstances étaient identiques. Une entreprise⁴¹ n'ayant pu mener à bien une opération de concentration réclamait une compensation pour le préjudice subi à la suite d'une application jugée incorrecte du règlement organisant le contrôle des concentrations. À l'appui de sa prétention, elle faisait valoir que la décision prise par la Commission sur la concentration avait été annulée⁴². Cette invalidation, faisait-elle valoir, démontrait qu'une faute avait été commise par la Commission et que cette institution devait donc être déclarée responsable du préjudice qu'elle avait causé.

Dans l'arrêt rendu sur cette prétention⁴³, le T.P.I. ne revient pas sur le principe établi dans la jurisprudence *Schneider*. Il limite toutefois les circonstances dans lesquelles une condamnation peut intervenir. Pour lui, la notion de « faute » doit être appréciée au regard des situations complexes à régler en matière de concentrations, des contraintes de temps qui s'imposent à la Commission et de la marge d'appréciation dont dispose celle-ci. Dans ce contexte, de simples erreurs d'appréciation, ou l'absence de présentation de preuves pertinentes, ne sont

pas suffisantes pour engager la responsabilité communautaire.

Conclusion : pour le T.P.I., la Commission n'a pas commis de violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit dans le cadre de son analyse de l'opération ayant donné lieu au recours. On s'attend à une confirmation de cette position par la Cour dans le pourvoi actuellement pendant dans l'affaire originale *Schneider*, l'avocat général M. Ruiz-Jarabo ayant rendu des conclusions confirmant l'attitude restrictive adoptée par le T.P.I.⁴⁴.

9

Permis de polluer⁴⁵

Il faut combattre la pollution notamment celle qui affecte l'air ambiant⁴⁶. À cet effet, le Parlement et le Conseil ont adopté une directive établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre⁴⁷. En application de cette directive, des quotas de CO₂ sont attribués à certaines entreprises. Ces dernières ne peuvent polluer davantage que ce qui leur est permis.

Problème : le système est applicable aux entreprises métallurgiques mais ne concerne pas les firmes chimiques ou celles actives dans le secteur des métaux non ferreux, alors que toutes polluent et sont actives sur les mêmes marchés (produits substituables). La différence de traitement peut-elle être expliquée par une différence entre les situations où se trouvent ces entreprises⁴⁸ ?

C'est la conclusion que tire la Cour de justice dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en provenance du Conseil d'État de France et visant à apprécier la validité de la directive communautaire organisant le système⁴⁹. Pour la juridiction communautaire, l'intégration des firmes chimiques dans le système en aurait compromis la gestion (nombre particulièrement élevé

(44) Aff. C-440/07 P.

(45) Arrêt de la Cour, du 16 décembre 2008, *Arcelor*, C-127/07. Sur le sujet, voy. C. CHENEVIÈRE et P. NIHOUL, « Les règles européennes destinées à lutter contre le réchauffement climatique », *J.D.E.*, 2009, à paraître. Voy. aussi M. PÂQUES, « La directive 2003/87/CE et le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne », *Rev. trim. dr. eur.*, 2004, p. 249.

(46) Sur la pollution de la mer, voy. une discussion de l'arrêt *Erika* dans notre précédente chronique, *J.T.*, 2008, p. 749.

(47) Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 2003, établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil (J.O. L 275, p. 32).

(48) La question est examinée au regard de l'égalité de traitement qui, on le sait, fait l'objet d'un principe général en vertu duquel les justiciables doivent être traités de manière identique lorsqu'ils se trouvent dans des situations identiques et différentes lorsque ces dernières sont différentes.

(49) Les actes communautaires peuvent être mis en cause, directement, par les entreprises et les particuliers, devant les juridictions communautaires, lorsqu'ils les concernent directement et individuellement. Dans les autres situations, ils peuvent être soumis au contrôle communautaire dans le cadre d'un renvoi préjudiciel émanant d'une juridiction nationale devant qui doit être porté le litige principal. Voy. K. LENAERTS, D. ARTS et I. MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, 2^e éd., Sweet & Maxwell, 2006, pp. 203 et s.

(36) Arrêt du T.P.I., du 27 septembre 2006, *GSK c. Commission*, aff. T-168/01. Voy. notre chronique, *J.T.*, 2008, pp. 88-89.

(37) Arrêt de la Cour, du 16 septembre 2008, *GSK(2)*, affaires jointes C-468/06 et C-478/06. Sur l'arrêt, voy. notamment D. WAELEBROECK et J. FIGUS DIAZ, « Commerce parallèle et produits pharmaceutiques - Premières leçons des deux arrêts *Glaxo* », *J.D.E.*, 2008, pp. 269-271. En matière de concurrence, voy. aussi la chronique publiée en avril chaque année au *Journal de droit européen* par T. FOUQUET, J. SLADIC et E. VANHAM.

(38) Arrêt du T.P.I., du 11 juillet 2007, *Schneider Electric c. Commission*, aff. T-351/03. Voy. notre chronique, *J.T.*, 2008, pp. 87-88.

(39) Cet arrêt pouvait avoir des conséquences importantes. Tout d'abord, le dommage éventuellement subi par l'entreprise peut s'avérer gigantesque si sont pris en compte tous les aspects de ce dommage. Par ailleurs, l'arrêt introduisait l'idée que, au titre du droit communautaire, les autorités nationales adoptant des décisions ayant un caractère économique en application du droit communautaire pourraient se voir attirées, en application du droit communautaire, devant le juge national, pour répondre, au titre de la responsabilité, du préjudice causé à des acteurs économiques à la suite d'une erreur commise dans l'application du droit communautaire.

(40) T.P.I.

(41) Le voyageur britannique *Airtours*, devenu depuis *MyTravel Group*.

(42) L'annulation est intervenue dans l'arrêt du T.P.I., du 6 juin 2002, *Airtours c. Commission*, aff. T-342/99.

(43) Arrêt du T.P.I. du 9 septembre 2008, *MyTravel Group c. Commission*, aff. T-212/03.

d'installations : environ 34.000). Quant au secteur des métaux non ferreux, les firmes qui y sont actives polluent relativement peu. La différence, en tout cas, sur le plan de la pollution⁵⁰, est à ce point substantielle qu'un traitement différencié n'est pas inexplicable, en tout cas durant la phase de lancement du régime communautaire...

10

Ryan Air⁵¹

On parle beaucoup de Ryan Air, trop peut-être. Il y a bien sûr les campagnes médiatiques lancées par la compagnie pour commercialiser ses services. À ces campagnes s'ajoutent les procédures judiciaires lancées par l'entreprise dans plusieurs directions, avec un objectif qui n'est pas toujours clarifié.

Ainsi, on se souvient de la décision prise par la Commission européenne et déclarant incompatibles avec le Traité CE la plupart des incitants octroyés à l'entreprise irlandaise pour l'exercice de ses activités à partir de l'aéroport wallon de Charleroi. Seules avaient trouvé grâce, aux yeux de l'institution européenne, et encore, sous condition, les contributions marketing, les incitants *one shot* pour l'ouverture de nouvelles lignes et la mise à disposition de bureaux.

Cette décision jetait le trouble sur le succès rencontré par cette entreprise, un succès qui n'était peut-être pas dû, ou pas entièrement en tout cas, à son modèle économique, mais aussi à sa capacité de faire pression sur des autorités publiques pour que ces dernières lui octroient des avantages en contravention au droit communautaire.

Cette décision vient d'être annulée par le T.P.I. dans un arrêt rendu durant la période couverte par la recension.

Retournant l'analyse, faut-il considérer que le modèle économique était bien valide, et que l'erreur se trouvait dans le camp communautaire? La réponse est négative. La décision n'est pas vraiment annulée pour une question de fond : des avantages ont-ils ou non été concédés en violation du droit communautaire? Elle repose plutôt sur une motivation chancelante. Ryanair avait conclu, avec la Région wallonne, un accord lui octroyant des avantages. Le T.P.I. estime que ces avantages doivent être analysés au regard de l'« investisseur privé normalement diligent ». Ce que n'avait pas fait la Commission, qui avait analysé la Région wallonne comme une autorité publique. Ce statut, bien sûr, n'est pas contesté par le T.P.I. Toutefois, ce dernier estime que, lorsqu'elle baisse le niveau des redevances aéroportuaires, la Région exerce une activité économique et est donc soumise au critère identifié ci-dessus pour l'appréciation des subventions⁵².

(50) 16,2 millions de tonnes de CO₂ (métaux non ferreux) contre 174,8 millions de tonnes (sidérurgie).

(51) Arrêt du T.P.I. du 17 décembre 2008, *Ryan Air c. Commission*, T-196/04.

(52) Voy. J. DEBEYS, « Aides d'État : annulation de la décision *Ryanair* par le Tribunal de première instance », *J.D.E.*, 2009, pp. 74 à 76.

11

Libre circulation des personnes et des services - Égalité de traitement

L'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité est un principe fondamental de droit communautaire qui figure dans les grands principes dits « constitutionnels » en tête du Traité de la Communauté européenne. Ce grand principe est mis œuvre dans le cadre des quatre grandes libertés permettant de réaliser le marché intérieur. Ainsi, un chercheur préparant une thèse de doctorat sur la base d'un contrat de bourse d'études conclu avec un institut privé ne peut pas faire l'objet d'une discrimination sur le fondement de la nationalité, dès lors qu'il a la nationalité d'un des États membres de l'Union européenne⁵³. Dans le même arrêt, la Cour rappelle que la notion de travailleur doit recevoir une interprétation communautaire. Un chercheur préparant une thèse de doctorat doit être considéré comme un chercheur s'il accomplit en faveur d'une autre personne et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles il touche une rémunération. Les prestations doivent couvrir des activités réelles et effectives à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles sont purement marginales et accessoi-

res. L'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité avait également été invoquée par un étudiant ressortissant d'un État membre séjournant légalement dans un autre État membre pour obtenir une bourse d'entretien⁵⁴. La Cour admet toutefois qu'un État membre puisse n'octroyer une aide couvrant les frais d'entretien qu'aux étudiants ayant démontré un certain degré d'intégration dans l'État d'accueil. Ce degré d'intégration peut notamment résulter d'un séjour d'une certaine durée. Une condition de résidence ininterrompue d'une durée de cinq ans est apte à garantir que le l'étudiant sollicite la bourse d'entretien est bien intégré dans l'État d'accueil. Cette condition de résidence est également de nature à garantir un niveau de sécurité juridique et de transparence lors de l'octroi de bourses d'entretien à des étudiants communautaires.

La même interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité s'applique dans le domaine des services et du droit d'établissement. Une législation nationale interdisant la publicité concernant les traitements médicaux et chirurgicaux à caractère esthétique, dispensés par des établissements médicaux privés est en contradiction avec les articles 43 et 49 du Traité CE si elle ne s'applique qu'aux chaînes de télévision nationales, alors que les chaînes de télévision locales bénéficient de dérogations. Les prestataires de services et les candidats à l'établissement sont susceptibles d'effectuer des publicités plutôt sur des chaînes nationales que sur des chaînes locales.

(53) Arrêt de la C.J.C.E., 17 juillet 2008, *Raccanelli*, C-94/07.

(54) Arrêt de la C.J.C.E., 18 novembre 2008, *Förster*, C-158/07.

12

Libre circulation - Droit de circuler et de séjourner librement

La liberté de circulation et de séjour sur le territoire des États membres est une liberté fondamentale. Dès lors, un État membre ne peut refuser à ses propres ressortissants la reconnaissance de leur nom patronymique tel qu'il a été enregistré dans l'État membre de naissance et de résidence⁵⁵.

Leonard Matthias Grunkin-Paul, fils de M. Grunkin et Mme Paul, couple marié de nationalité allemande, était né au Danemark. La loi danoise permettant le double nom patronymique, l'acte de naissance de Leonard Matthias indiquait un double nom patronymique, composé du nom de son père et de celui de sa mère.

Par la suite, les parents de Leonard Matthias Grunkin-Paul avaient demandé l'inscription du double nom patronymique de l'enfant dans le livret de famille tenu en Allemagne. Cette inscription avait été refusée, la loi allemande n'offrant pas la possibilité d'utiliser un double nom patronymique.

Répondant aux questions préjudicielles posées, la Cour constate que les règles régissant le nom patronymique d'une personne demeurent de la compétence des États membres, ceux-ci devant toutefois respecter le droit communautaire dans l'exercice de cette compétence. La situation de l'enfant relève bien du droit communautaire puisqu'il est ressortissant d'un État membre (Allemagne) mais est né et séjourne dans un autre État membre (Danemark). Pour la Cour, l'Allemagne ne peut refuser à ses propres ressortissants la reconnaissance de leur nom patronymique tel qu'il a été enregistré dans l'État membre de naissance et de résidence sous peine d'entrave à la liberté de circulation et de séjour. Une divergence dans les noms patronymiques figurant dans les documents officiels allemands et danois est susceptible d'engendrer pour l'intéressé une série d'inconvénients tant professionnels que privés, de faire naître des doutes quant à son identité et quant à l'authenticité des documents présentés, ou quant à la véracité des données contenues dans ceux-ci.

13

Propriété intellectuelle - Bases de données

Les bases de données sont protégées dans l'Union européenne par le droit d'auteur⁵⁶. Une université de Fribourg avait publié sur internet une liste de poèmes dénommée « Les 1.100 plus importants poèmes de la littérature

(55) Arrêt de la C.J.C.E., 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul*, C-353/06.

(56) Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, *J.O.* L 77, p. 20.

allemande entre 1730 et 1900 ». Cette liste avait été établie sous la direction de M. Knoop dans le cadre d'un projet « Vocabulaire des classiques ». L'université qui avait supporté le coût du projet s'estimait lésée en sa qualité de fabricant d'une base de données par la distribution d'un CD-rom intitulé « 1.000 poèmes qu'il faut avoir » par l'entreprise Directmedia. Sur ce support figuraient 876 poèmes de la période comprise entre 1720 et 1900 et parmi ceux-ci, 856 poèmes figurant dans la liste établie par M. Knoop⁵⁷.

Dans son arrêt interprétatif, la Cour indique que la reprise d'éléments d'une base de données protégée dans une autre base de données, à la suite d'une consultation de la première base de données, et d'une appréciation individuelle des éléments contenus dans celle-ci, est susceptible de constituer une « extraction » au sens de l'article 7 de la directive déjà citée concernant la protection juridique des bases de données. La Cour renvoie à la juridiction nationale le soin de vérifier si cette extraction évaluée de façon qualitative ou quantitative correspond au transfert d'une partie substantielle de la base de données protégée ou à des transferts de parties non substantielles qui, du fait de leur caractère répété et systématique, aboutit à reconstituer une partie substantielle de ce contenu.

14

Liberté d'établissement des sociétés - Nouvelle évolution

Après les arrêts *Daily Mail*, *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art*⁵⁸, la Cour de justice a rendu, en grande chambre, l'arrêt *Cartesio* qui, il faut bien l'admettre, représente un recul par rapport aux trois derniers arrêts mentionnés⁵⁹. L'arrêt rendu en grande chambre et sur conclusions contraïres de l'avocat général Maduro revêt donc une importance particulière. En effet, dans les arrêts *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art* déjà cités, la Cour avait attaché plus d'importance au principe de la liberté d'établissement qu'aux règles nationales relatives à la constitution des sociétés. Elle avait limité l'application des règles de l'État d'accueil à la prévention ou à la sanction des fraudes soit à l'égard de la société, soit à l'égard des associés ou des tiers si le but réel de l'opération était véritablement d'échapper aux créanciers établis dans l'État d'origine. Ces trois arrêts représentaient une évolution de la jurisprudence depuis l'arrêt *Daily Mail* déjà cité même si la Cour avait tenté de réconcilier ces différents arrêts. L'avocat général Maduro avait souligné que conformément à cette jurisprudence, les seules restrictions pouvant être imposées par l'État d'accueil devaient être justifiées par l'intérêt

général : abus, comportement frauduleux, protection des créanciers, des minoritaires, des salariés et du fisc⁶⁰. Or, dans l'arrêt *Cartesio*, une société de droit hongroise souhaitait transférer son siège réel en Italie tout en restant soumise au droit hongrois. En vertu du droit hongrois, la loi applicable à une société dépend du siège réel. Dès lors, le tribunal hongrois chargé de la tenue du registre des sociétés avait refusé la demande de transfert du siège réel de *Cartesio* en Italie. Ce même tribunal avait indiqué que *Cartesio*, afin de déplacer son siège réel en Italie, devait passer par une étape de dissolution en Hongrie et de nouvelle constitution conformément au droit italien. Les questions préjudicielles posées portaient sur la compatibilité du droit hongrois avec le droit d'établissement dans la mesure où le transfert de siège réel vers un autre État membre avec maintien de la *lex societatis* n'était pas possible.

L'article 48, alinéa 1^{er}, du Traité CE pose comme critère de rattachement des sociétés, la constitution selon le droit d'un État membre et la localisation à l'intérieur de la Communauté, soit du siège statutaire, soit de l'administration centrale (siège réel), soit du principal établissement. Ces critères servent à déterminer, à l'instar de la nationalité des personnes physiques, le rattachement des sociétés à l'ordre juridique d'un État membre. L'État membre d'établissement ou d'accueil ne peut appliquer un traitement différent en raison du seul fait que le siège d'une société est situé dans un autre État membre : il doit garantir le bénéfice du traitement national à toute société répondant aux conditions de l'article 48 du Traité CE.

Dans les différents arrêts cités, la Cour de justice rappelle qu'une société créée en vertu d'un ordre juridique national n'a d'existence qu'à travers la législation nationale qui en détermine la constitution et le fonctionnement. Les divergences entre législations nationales, en ce qui concerne tant le lien de rattachement au territoire national et les conditions exigées en vue de la constitution d'une société que la possibilité pour une société constituée conformément à une telle législation, de modifier ultérieurement ce lien de rattachement, sont des problèmes non résolus par les règles du Traité en matière de droit d'établissement et qui n'ont pas fait l'objet de directives d'harmonisation pour l'instant. Toutefois, dans les arrêts *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art*, la Cour soulignait qu'elle n'admettait pas que les États membres puissent subordonner au respect de leur droit national des sociétés, l'exercice effectif sur leur territoire de la liberté d'établissement par des sociétés, légalement constituées dans d'autres États membres. Il est vrai que dans les trois arrêts déjà cités, les sociétés en cause avaient été légalement constituées dans un État membre et souhaitaient exercer leur droit à l'établissement secondaire dans un autre État membre. Au contraire, dans l'arrêt *Cartesio* comme dans l'arrêt *Daily Mail*, une société légalement constituée dans un État membre et y ayant son siège réel, souhaitait déplacer son siège réel dans un autre État membre tout en restant soumise à la loi sur les sociétés de son État d'origine. Par l'arrêt *Cartesio*, la Cour refuse cette possibilité et fait donc prévaloir le droit national des sociétés sur le droit d'établissement. Pour la Cour, tout État membre dispose de la faculté de définir le

lien de rattachement nécessaire pour qu'une société puisse être considérée comme constituée selon son droit national et celui requis pour maintenir cette qualité. Cette faculté englobe la possibilité de ne pas permettre à une société relevant de son droit national de conserver cette qualité lorsqu'elle rompt le lien de rattachement⁶¹.

Par cet arrêt, la Cour confirme donc sa jurisprudence *Daily Mail* quant au siège réel alors même que les commentateurs avaient souligné l'évolution de la jurisprudence réalisée par les arrêts *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art*. L'arrêt *Cartesio* consacre donc la possibilité pour l'État d'origine de limiter la possibilité d'établissement dans un autre État membre d'une société par transfert de son siège statutaire. Lorsque l'État d'origine a opté pour le critère de rattachement du siège réel, il peut donc interdire la dissociation des sièges réel et statutaire⁶².

15

Protection des consommateurs - Vente à distance

L'interprétation de la directive sur la vente à distance a donné lieu à un arrêt intéressant mettant en cause une société belge⁶³. Celle-ci, dénommée Santurel Inter, est spécialisée dans la vente de suppléments alimentaires sur internet. Elle exige des consommateurs belges qui désirent payer par carte le numéro et la date de validité de leur carte de paiement. Le paiement par carte est la seule modalité acceptée pour les produits commandés depuis l'étranger.

À la suite d'une plainte déposée par un consommateur, l'Inspection économique belge a poursuivi la société et son gérant, considérant que la loi belge transposant la directive sur la protection des consommateurs en matière de contrat à distance⁶⁴ ne permettait pas au fournisseur d'exiger une avance ou un paiement quelconque avant l'expiration du délai de rétractation de sept jours ouvrables, cette interdiction couvrant l'exigence relative au numéro et à la date de validité de la carte de paiement du consommateur.

Répondant aux questions posées, la Cour considère que la réglementation nationale interdisant au fournisseur, dans le cadre d'une vente à distance transnationale, d'exiger un acompte ou un paiement quelconque du consommateur avant l'expiration du délai de rétractation est bien conforme à la directive communautaire. Par contre, le droit communautaire s'oppose à ce qu'il soit interdit, avant l'expiration du délai de rétractation, de demander le numéro de la carte de paiement du consommateur.

(57) Point 110 de l'arrêt *Cartesio*.

(62) Voy. sur ce point, commentaire de G. et B. GODDIN, cités.

(63) Arrêt de la C.J.C.E., du 16 décembre 2008, *Gysbrechts*, aff. C-205/07, voy. à ce sujet G. RUE, « La vente en ligne et le consommateur », in *Protection du consommateur, pratiques commerciales et technologies de l'information et des communications*, C.U.P., mars 2009, pp. 60 et s.

(64) Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance, J.O. L 144, p. 19.

(58) Arrêt de la C.J.C.E., 9 octobre 2008, *Directmedia Publishing*, C-304/07.

(59) C.J.C.E., 27 septembre 1988, *Daily Mail*, C-81/87; C.J.C.E., 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97; C.J.C.E., 22 novembre 2005, *Überseering*, C-208/05; C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Inspire Art*, C-167/01.

(60) C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Cartesio*, C-210/06; voy. à ce sujet G. et B. GODDIN, « arrêt *Cartesio* : l'étendue de la liberté d'établissement pour les sociétés « émigrantes », J.D.E., 2009, p. 77.

(60) Conclusions de l'avocat général Maduro, point 32.

16

Protection des consommateurs et des acheteurs non consommateurs - Vente à distance - Commerce électronique

L'article 5, § 1^{er}, de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique⁶⁵ protège l'acheteur, qu'il soit consommateur ou non lors d'un achat sur internet en lui donnant le moyen d'entrer en contact directement avec le vendeur. La Cour de justice a précisé les contours de cette obligation dans un arrêt du 16 octobre 2008⁶⁶. Avant la conclusion du contrat, l'acheteur doit pouvoir entrer en communication directe avec le vendeur par un moyen autre que le courrier électronique, par exemple par télé-

(65) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société et de l'information et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur, J.O. L 178, p. 1.

(66) C.J.C.E., 16 octobre 2008, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände c. Deutsche Internetversicherung AG*, C-298/07; voy. à ce sujet G. RUE, « La vente en ligne et le consommateur », in *Protection du consommateur, pratiques commerciales et technologies de l'information et des communications*, C.U.P., mars 2009, pp. 60 et s.

phone. Le formulaire électronique mis à disposition sur un site web peut également être proposé sauf dans des situations où un destinataire du service se trouvant, après la prise de contact par voie électronique avec le prestataire de services, privé d'accès au réseau électronique, demande à ce dernier l'accès à une voie de communication non électronique.

17

Protection des consommateurs - Refus d'indemnisation d'un transporteur aérien en cas de problème technique⁶⁷

Depuis 2004, un règlement communautaire prévoit l'indemnisation des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol⁶⁸.

(67) Arrêt de la C.J.C.E., du 22 décembre 2008, *Wallentin-Hermann*, aff. C-549/07. Voy. N. CHAPIER-GRANIER et Ch. VERDURE, « Arrêt Wallentin-Hermann : l'annulation d'un vol par un transporteur aérien pour cause de "circonstances extraordinaires" », J.D.E., 2009, pp. 46 et s.

(68) Règlement CE 261/2004 du Parlement européen et du Conseil, 11 février 2004, établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des

Mme Wallentin-Hermann avait réservé pour elle-même, son époux et sa fille, trois places sur un vol Alitalia de Vienne à Brindisi (Italie). Après l'enregistrement, les trois passagers ont été informés, cinq minutes avant l'heure de départ prévu, que leur vol était annulé. Ils ont été transférés sur un vol de la compagnie Austrian Airlines à destination de Rome et ont manqué leur correspondance pour Brindisi.

L'annulation du vol d'Alitalia au départ de Vienne a eu pour raison une panne de moteur complexe affectant la turbine et décelée la veille au cours d'une vérification. Alitalia n'en a été informée que la nuit précédant le vol. La réparation de l'avion qui a nécessité l'acheminement de pièces de rechange et de techniciens à Vienne, a été achevée une dizaine de jours après la date de départ de Mme Wallentin-Hermann et sa famille.

Face au refus d'Alitalia de lui payer l'indemnisation de 250 EUR et 10 EUR de frais de téléphone, Mme Wallentin-Hermann a introduit une procédure judiciaire. Alitalia invoquait le règlement communautaire lui permettant de refuser l'indemnisation lorsque l'annulation du vol est due à des circonstances extraordinaires qui n'auraient pas pu être évitées même si toutes les mesures raisonnables avaient été prises. Pour la Cour, des problèmes techniques apparaissant lors de l'entretien des aéronefs ou en raison du défaut d'un tel entretien ne constituent pas en tant que tels des circonstances extraordinaires. Toutefois, il n'est pas exclu que des problèmes techniques puissent être considérés comme des « circonstances extraordinaires » lorsqu'ils découlent d'événements qui ne sont pas inhérents à l'exercice normal de l'activité de transporteur aérien et échappent à sa maîtrise effective. À titre d'exemple, la Cour cite le vice caché de fabrication ou les actes de sabotage ou de terrorisme.

Renversant alors la charge de la preuve, la Cour estime qu'il incombe au transporteur aérien invoquant des circonstances extraordinaires d'établir que, même en mettant en œuvre tous les moyens en personnel ou en matériel et les moyens financiers dont il disposait, il n'aurait manifestement pas pu, sauf à consentir des sacrifices insupportables au regard des capacités de son entreprise au moment considéré, éviter que les circonstances extraordinaires auxquelles il était confronté conduisent à l'annulation d'un vol.

Cet arrêt donne donc une interprétation extrêmement restrictive des circonstances dans lesquelles le transporteur aérien pourra refuser l'indemnisation de passagers ayant subi l'annulation ou le retard important de leur vol.

Lucette DEFALQUE

Avocat, professeur à l'U.L.B.

Paul NIHOUL

Professeur à l'U.C.L.

NOUVELLE REVUE 2009

Journal des tribunaux Luxembourg

Rédacteur en chef : Marc Thewes

Secrétaire de rédaction : Elisabeth Omes

Direction scientifique : Georges-Albert Dal

Comité de rédaction : Philippe Bourin, Valérie

Dupong, Thierry Hoscheit, Patrick Kinsch, Philippe-

Emmanuel Partsch, Alex Schmitt, Jean-Paul Spang et

Dean Spielmann

Dans la lignée du Journal des tribunaux belge, le Journal des tribunaux Luxembourg offre aux acteurs du monde juridique luxembourgeois (et à tous ceux qui s'intéressent aux évolutions du droit du Grand-Duché), une information complète et de qualité sur tout ce qui concerne le droit luxembourgeois. Cet objectif est réalisé par la publication de la doctrine, la jurisprudence et la chronique judiciaire.



Abonnement 2009 : 150,00 euros

6 numéros par an • +/- 200 p./an

Format 24,5 x 31,5 cm

Profitez de
l'offre exceptionnelle
relative aux revues
Larcier !

- Une couverture de tous les secteurs du droit
- Une publication dans les meilleurs délais de toute la jurisprudence importante
- Des publications régulières de notes d'observations
- Les chroniques et les examens de jurisprudence
- Une revue au cœur des activités juridiques importantes : vie du Palais, comptes rendus de colloques et de conférences, recension des ouvrages juridiques, activités des barreaux, de l'Université du Luxembourg et des différentes associations de juristes, etc.



commande@deboeckservices.com • Larcier c/o De Boeck Services srl
Fond Jean-Pâques 4 • 1348 Louvain-la-Neuve • Belgique • ☎ 0800/99 613 • 📠 0800/99 614

www.larcier.com

passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement CEE 295/91, J.O. L 46, p. 1.