

SOMMAIRE

- Chronique de droit communautaire,
par L. Defalque et P. Nihoul 81
- Crédit à la consommation - Obligations
du prêteur (articles 10, 11 et 15 de la loi
du 12 juin 1991) - Devoirs de prudence
et d'information - Portée - Prêt consenti
à des débiteurs solidaires - Ménage -
Appréciation de la faculté de
remboursement - Cumul des revenus
des débiteurs - Légalité (oui).
(Cass., 3^e ch., 7 janvier 2008) 91
- I. Emploi des langues en matière judiciaire
- Obligation de joindre une traduction de
l'acte de procédure à notifier dans une
autre région linguistique (article 8 de la loi
du 15 juin 1935) - Sanction - Nullité -
Portée - Nullité de l'acte d'appel notifié
(non) - Nullité de la seule notification (oui)
- II. Voies de recours - Matière civile -
Appel - Formes - Emploi des langues -
Obligation de joindre une traduction de la
requête à notifier dans une autre région
linguistique (article 8 de la loi du 15 juin
1935) - Sanction - Nullité absolue -
Possibilité de couverture(s) (non) - Portée -
Nullité de la requête d'appel (non) -
Nullité de la notification (oui) - III. Greffe -
Missions - Emploi des langues - Requête
d'appel - Notification - Obligation d'y
joindre une traduction de la requête
(article 8, alinéa 7, de la loi du 15 juin
1935) - Délai d'établissement de la
traduction - Lendemain du dépôt de la
requête (article 1056, 2^o, du Code
judiciaire).
(Mons, 1^{re} ch., 3 décembre 2007) . . . 92
- I. Lettre de change - Aval cambiaire -
Conditions de forme - II. Lettre de change
- Aval cambiaire - Etendue de l'obligation
de l'aval - Exceptions opposables au
porteur - Extinction de l'obligation du
débiteur garanti - Débiteur failli et excusé
- Inopposabilité à l'aval de l'excuse du
failli.
(Liège, 7^e ch., 14 juin 2007) 93
- Chronique judiciaire :
L'Etat belge en accusation devant un
tribunal d'opinion - Coups de règle -
La vie du Palais - Dates retenues.

DOCTRINE

Chronique de droit communautaire

PLUSIEURS ARRÊTS IMPORTANTS ont été rendus au cours de la période couverte¹ à propos de la profession d'avocat. Parmi eux, un premier arrêt a trait aux obligations de dénonciation imposées aux avocats par les directives « antiblanchiment ». Un autre concerne des règles nationales tarifiant les honoraires d'avocat. Pour la première fois, de telles règles sont analysées au regard du régime sur la libre prestation des services.

1

Droit européen et profession d'avocat

A. Règles « antiblanchiment »

Dans quelle mesure les avocats sont-ils tenus par les règles communautaires² introduisant une obligation de renseigner, d'initiative, et sur demande, les autorités nationales compétentes, sur des opérations suspectes dont ils auraient connaissance dans le cadre des relations qu'ils ont avec leurs clients?

La question est essentielle, aussi devait-elle atteindre un jour la Cour des Communautés européennes (C.J.C.E.). Ce fut chose faite dans une procédure³ intentée par l'Ordre des barreaux francophones et germanophones, l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, l'Ordre des barreaux flamands et l'Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles. Ces divers ordres professionnels avaient introduit,

devant la Cour belge d'arbitrage, une requête visant à l'annulation des dispositions nationales transposant les règles matérielles en la matière. Constatant que la source de l'illicéité éventuelle se trouvait dans le droit communautaire, la juridiction belge interrogea la Cour de justice, à titre préjudiciel, sur la validité des dispositions communautaires concernées (renvoi préjudiciel en appréciation de validité).

Les dispositions communautaires concernées affectent, notamment, dans l'exercice de leur profession, les avocats, les notaires et d'autres membres de la profession juridique indépendante. Par ces dispositions, lesdits professionnels se voient imposer l'obligation d'informer les autorités de tout fait pouvant indiquer l'existence d'un blanchiment de capitaux.

Pour les ordres professionnels participant aux litiges, cette obligation viole le droit au procès équitable qui est garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que l'article 6, § 2, du Traité sur l'Union européenne.

L'argument est entendu par la Cour. Pour celle-ci, on ne peut demander aux membres des professions mentionnées ci-dessus de communiquer des informations obtenues dans le cadre ou à l'occasion d'une procédure judiciaire. Autrement, le droit au procès équitable ne serait pas garanti. Il en va différemment pour les actes accomplis par ces professionnels dans un autre cadre, notamment pour réaliser diverses sortes de transactions. On ne saurait invoquer le droit au procès équitable, souligne la Cour, dans un cadre n'impliquant pas un procès, fût-il possible ou en préparation.

Or, aux termes de la directive, les Etats membres ne sont pas tenus d'imposer l'obligation aux professionnels susvisés pour ce qui concerne les informations reçues d'un client, ou sur un client, « lors de l'évaluation de la situation

(1) Exceptionnellement, cette période couvre une année entière : 15 juillet 2006-15 juillet 2007. Nous avons sélectionné les arrêts nous semblant les plus intéressants. Pour des développements plus approfondis, les lecteurs sont renvoyés au *Journal des tribunaux - Droit européen*, où sont publiés par extraits la plupart des arrêts présentés dans la chronique.

(2) Voy. particulièrement la directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (J.O. L 166, p. 77) telle que modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 décembre 2001 (J.O. L 344, p. 76).

(3) Arrêt du 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a., aff. C-305/05*, ayant donné lieu à l'arrêt n° 10/2008 de la Cour constitutionnelle du 23 janvier 2008, qui sera publiée dans le prochain numéro du J.T.

juridique de ce client » ou « dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation au cours d'une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure »⁴.

Pour la Cour, la directive n'est donc pas contraire aux principes invoqués par les parties et concernant le droit au procès équitable...⁵. Il est toutefois dommage que la Cour limite son raisonnement à l'appréciation de l'activité judiciaire de l'avocat, tout en laissant subsister l'ambiguïté du texte de la directive qu'elle a pourtant relevée. En effet, l'article 2 de celle-ci prévoit que l'avocat est soumis aux obligations de la directive lorsqu'il assiste son client dans les opérations visées par cette disposition, alors même que l'article 6 prévoit une exception lorsque l'avocat évalue la situation juridique du client, ces deux dispositions de la directive étant manifestement contradictoires. On peut donc regretter que la Cour n'ait pas été plus explicite à cet égard.

B. Règles nationales tarifiant les honoraires⁶

Encore une affaire concernant la tarification des honoraires des avocats par les pouvoirs publics. Il est difficilement contestable que les ententes portant sur la fixation de prix, conclues entre concurrents, restreignent la concurrence. La fixation par les ordres professionnels d'avocats de barèmes minimaux, que ceux-ci soient obligatoires ou simplement indicatifs, constitue donc une restriction de concurrence interdite au sens de l'article 81, § 1^{er}, CE. Toutefois, il en va autrement lorsque la tarification des honoraires se fait par les pouvoirs publics. Dans un arrêt *Arduino*, rendu le 19 février 2002⁷, la Cour avait estimé que la tarification élaborée par le Conseil national de l'Ordre des avocats italiens avait un caractère de réglementation étatique, les membres de l'Ordre agissant comme des experts indépendants tenus, de par la loi, de fixer la tarification en prenant en considération non pas seulement les intérêts des avocats, mais également l'intérêt général. Avant d'arriver à cette conclusion, la Cour avait relevé que l'Etat italien obligeait le Conseil national à présenter tous les deux ans un projet de tarification comportant des limites minimales et maximales. L'Etat italien conserve son pouvoir de décision en dernier ressort, le ministre de la Justice ayant le pouvoir de faire amender le projet par le Conseil national et étant secondé par deux organes publics dont il doit obligatoirement recueillir l'avis préalable. En outre, la Cour avait relevé que dans certaines circonstances exceptionnelles, le juge pouvait, par une

décision motivée, déroger aux limites maximales et minimales fixées par la tarification. La Cour en avait conclu que l'Etat italien n'avait pas délégué à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique et n'avait pas non plus imposé ou favorisé la conclusion d'ententes contraires à l'article 81 du Traité CE.

Cet arrêt *Arduino* rendu le 19 février 2002, s'inscrivait dans une lignée d'arrêts rendus depuis 1985. Dans cette jurisprudence, la Cour avait considéré que lorsque l'Etat impose ou favorise la conclusion par les entreprises, d'ententes restrictives de la concurrence ou encore leur délègue le pouvoir de prendre des décisions à caractère économique restreignant la concurrence, l'article 81, § 1^{er}, trouve application. Il en est notamment ainsi lorsqu'un Etat membre impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 81, § 1^{er}, ou renforce l'effet de telles ententes, ou encore retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre la décision.

Dans plusieurs arrêts rendus en 1993 et 1994, la Cour avait été amenée à se prononcer dans certaines espèces où l'autorité publique avait arrêté une décision de matière de fixation des prix, après réunion en concertation avec des représentants des opérateurs privés directement concernés. Dans chacun des cas, la Cour s'était attachée à la réalité des faits qui lui étaient soumis. Chaque fois qu'elle avait considéré que la réglementation étatique ne déléguait pas aux opérateurs privés la responsabilité de prendre la décision et ne reprenait pas non plus les éléments d'une entente intervenue entre les opérateurs économiques, la Cour avait jugé inapplicable l'article 81, § 1^{er}. Le même raisonnement avait été tenu dans l'arrêt *Arduino*.

Dans l'arrêt *Cipolla* rendu le 5 décembre 2006, la Cour confirme l'arrêt *Arduino* et elle considère donc que c'est bien l'Etat italien qui fixe les barèmes des avocats sans déléguer cette responsabilité à l'Ordre national des avocats italiens.

Toutefois, la Cour se prononce, pour la première fois, sur l'application de la libre prestation des services figurant à l'article 49 CE à la législation italienne tarifiant les honoraires des avocats. Elle répond ainsi à la deuxième question posée par la juridiction italienne de renvoi. A cet égard, la Cour constate que l'interdiction de déroger aux honoraires minima fixés par le tarif prévu par la législation italienne, est de nature à rendre plus difficile l'accès des avocats établis dans un Etat membre autre que l'Italie au marché des prestations juridiques en Italie. Toutefois, relève la Cour, une telle interdiction peut être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général. La Cour relève que la protection des consommateurs, notamment des destinataires de services judiciaires, et la bonne administration de la justice peuvent être considérées comme des raisons impérieuses d'intérêt général. La Cour charge alors la juridiction de renvoi de se prononcer sur le bien-fondé de telles raisons en tenant compte des éléments suivants. Il conviendra de vérifier s'il existe une corrélation entre le niveau des honoraires et la qualité des prestations fournies par les avocats, et si la fixation de tels honoraires minimaux constitue une mesure appropriée permettant d'atteindre les objectifs poursuivis, à savoir la protection des consommateurs et la bonne administration de

la justice. La Cour souligne alors que, s'il est vrai qu'un tarif imposant des honoraires minimaux ne saurait empêcher certains avocats d'offrir des services de qualité médiocre, il ne saurait être *a priori* exclu qu'un tel tarif permette d'éviter que les avocats ne soient incités, dans un contexte tel que celui du marché italien, caractérisé par la présence d'un nombre extrêmement élevé d'avocats inscrits et en activité, à se livrer une concurrence pouvant se traduire par l'offre de prestations au rabais, avec le risque d'une détérioration de la qualité des services fournis.

La juridiction de renvoi devra également tenir compte des particularités propres au marché et aux services en cause, puisqu'il existe une asymétrie de l'information entre les clients-consommateurs et les avocats. Les avocats disposent d'un niveau élevé de compétence technique que les consommateurs ne possèdent pas nécessairement, de sorte qu'ils éprouvent des difficultés pour apprécier la qualité des services qui leur sont fournis.

Enfin, il y aura lieu pour la juridiction de renvoi de vérifier si les règles professionnelles relatives aux avocats, notamment les règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, sont en elles-mêmes suffisantes pour atteindre les objectifs de protection des consommateurs et de bonne administration de la justice, sans qu'une tarification légale des honoraires minimaux ne soit nécessaire.

C. Accès à la profession d'avocat dans un autre Etat membre

Poursuivant l'étude des arrêts ayant une incidence directe sur la pratique des professions juridiques dans la Communauté européenne, nous faisons une incursion dans le régime communautaire concernant le droit d'établissement des avocats. Ce droit résulte d'une directive spécifique : la directive 98/5 du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise. La transposition de cette directive par le grand-duché du Luxembourg a fait l'objet de deux arrêts rendus le 19 septembre 2006.

Le premier arrêt faisait suite à une procédure en manquement introduite par la Commission européenne contre cet Etat. Le Luxembourg a fait l'objet d'un arrêt de condamnation dans la mesure où il subordonnait l'inscription d'avocats ayant acquis leur qualification dans un autre Etat membre, à un contrôle préalable de connaissances linguistiques portant sur la maîtrise des langues française, allemande et luxembourgeoise, à l'interdiction d'exercer l'activité de domiciliation de sociétés et à l'obligation de produire chaque année une attestation d'inscription auprès de l'autorité compétente de leur Etat membre d'origine, ces trois conditions ne figurant en aucune manière dans le texte de la directive 98/5⁸.

Le deuxième arrêt a été rendu à la suite d'un recours introduit par un *solicitor* anglais contre l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg. En l'espèce, M. Wilson, *solicitor* an-

(4) Art. 6(3) de la directive précitée. La dérogation est formulée en termes assez vastes : elle s'applique aussi à l'égard de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure. *Ibidem*.

(5) Sur le sujet, voy. M. FERNANDEZ SALAS, « Les professions juridiques et les règles européennes "antiblanchiment" », *J.T.D.E.*, 2007, p. 65; B. VATIER, « L'inclusion des avocats dans les règles européennes "antiblanchiment" », *J.T.D.E.*, p. 72; Chr. BERDEN, « Les règles européennes "antiblanchiment" » et le monde bancaire, *J.T.D.E.*.

(6) Arrêt de la C.J.C.E., du 5 décembre 2006, *Cipolla* e.a., aff. C-94/04 et C-202/04.

(7) C.J.C.E., 19 février 2002, C-35/99, *Arduino*, Rec., I, p. 1529.

(8) C.J.C.E., 19 septembre 2006, *Commission c. grand-duché du Luxembourg*, C-193/05, Rec., I, p. 8673.

glais exerçant régulièrement ses activités au Royaume-Uni, n'avait pas pu bénéficier de l'établissement au Luxembourg parce qu'il s'était vu imposer un test linguistique qu'il n'était pas capable de réussir et qui n'était pas prévu par la directive 98/5 du 16 février 1998. Il avait alors refusé d'introduire un recours conformément à la réglementation luxembourgeoise transposant la directive, soit un premier recours devant le conseil disciplinaire et administratif composé exclusivement d'avocats, pouvant être suivi d'un appel devant le conseil disciplinaire et administratif d'appel, composé lui d'une majorité d'avocats. M. Wilson mettait en cause l'indépendance à la fois du conseil disciplinaire et administratif de première instance, et du conseil disciplinaire et administratif d'appel. C'est pourquoi il avait décidé d'introduire un recours devant le tribunal administratif, recours qu'il avait perdu. Il s'était alors pourvu en appel devant la Cour administrative qui avait décidé de poser différentes questions préjudicielles à la Cour. En réponse à ces questions, la Cour déclare que, pour qu'une juridiction soit indépendante, elle doit être protégée d'interventions ou de pressions extérieures susceptibles de mettre en péril l'indépendance de jugement de ses membres. La cour estime également que pour être impartiale, la juridiction doit comporter des règles relatives à sa propre composition, à la nomination de ses membres, à la durée de leur fonction, aux causes d'abstention, de récusation et de révocation de ses membres. La Cour constate que le conseil disciplinaire et administratif de première instance est caractérisé par la présence exclusive d'avocats de nationalité luxembourgeoise, tandis que le conseil disciplinaire et administratif d'appel est composé majoritairement d'avocats de nationalité luxembourgeoise. La composition de ces deux conseils disciplinaires n'apparaît, pour la Cour, de nature à fournir un gage suffisant d'impartialité lorsqu'un recours est introduit par un avocat communautaire, candidat à l'établissement au Luxembourg et ce, même s'il a la possibilité de se pourvoir en cassation⁹.

2

Liberté d'établissement et libre prestation des services - Conditions d'application

Pour rappel, les articles 43 CE (droit d'établissement) et 49 CE (libre prestation des services) interdisent toute discrimination fondée sur la nationalité ou la résidence des ressortissants d'Etats membres de l'Union européenne, personnes physiques ou personnes morales. Le bénéfice des deux libertés est réservé aux personnes physiques ressortissant d'Etats membres de l'Union européenne et qui y sont établis, ou aux personnes morales qui sont assimilées complètement aux personnes physiques dans les conditions prévues à l'article 48 CE.

(9) C.J.C.E., 19 septembre 2006, *Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, C-506/04, Rec., I, p. 8613.

Dès lors, une société établie dans un Etat tiers ne bénéficie pas des deux libertés¹⁰. Au contraire, une société établie dans un Etat membre de l'Union européenne bénéficie de la libre prestation des services lorsqu'elle accomplit certaines prestations dans un autre Etat membre même si elle utilise pour ce faire des travailleurs ressortissants de pays tiers¹¹. Cette condition d'application de la libre prestation des services a été confirmée par la Cour à l'occasion d'une procédure en manquement opposant la Commission européenne à l'Autriche. L'Autriche subordonnait le détachement de tels travailleurs ressortissants d'Etats tiers à l'obtention d'une « confirmation de détachement européen » dont la délivrance nécessitait que les travailleurs ressortissants d'Etats tiers soient employés depuis au moins un an par l'entreprise ou soient liés à celle-ci par un contrat de travail à durée indéterminée et à la preuve que les conditions d'emploi et de salaire soient conformes à la loi autrichienne. Cette même loi prévoyait le refus automatique de titres d'entrée et de séjour, sans exception, lorsque les travailleurs ressortissants d'un Etat tiers, détachés temporairement par une entreprise établie dans un autre Etat membre, étaient entrés sur son territoire sans visa¹². La Cour condamne la réglementation autrichienne et confirme que les travailleurs ressortissants d'Etats tiers, employés par une entreprise établie dans un Etat membre pour accomplir une prestation de services sur le territoire d'un autre Etat membre, peuvent uniquement être soumis à une simple déclaration préalable de l'entreprise les employant, l'Etat d'accueil, en l'espèce l'Autriche ne pouvant pas poser d'autres exigences¹³.

3

Reconnaissance des diplômes et exercice d'une profession dans un autre Etat membre

A. Enjeu

Dans nos précédentes chroniques, nous avons moins souligné l'importance du contentieux lié à la pratique d'une profession dans un autre Etat membre. Ce contentieux est pourtant important, tant en quantité qu'en impact sur la vie des citoyens européennes. Depuis le 1^{er} janvier 1970, aucune discrimination fondée sur la nationalité ne peut plus exister, que ce soit pour l'accès à une activité professionnelle ou pour son exercice. Cependant, sous réserve de l'égalité de traitement, chaque Etat membre a, en l'absence de règles communautaires en la matière, la liberté de régler l'exercice des activités professionnelles sur son territoire.

Les directives relatives à la reconnaissance mutuelle des diplômes ou à l'exercice de certaines

professions réglementées permettent de faciliter la mise en œuvre du traitement national. Les bénéficiaires de l'un des sept systèmes sectoriels de reconnaissance des diplômes institués par des directives du Conseil entre 1975 et 1985, ont droit à la reconnaissance automatique et inconditionnelle de leur diplôme dès lors que celui-ci figure sur une des listes exhaustives des diplômes délivrés dans des Etats membres qui satisfont à la définition communautaire.

Depuis 1988, la Communauté a opté pour un système général de reconnaissance des diplômes et des qualifications professionnelles, système mis en place par la directive 89/48/CEE, ensuite par la directive 92/51/CEE, le système sectoriel et le système général ayant été codifiés par la directive 2001/19/CE¹⁴, l'ensemble du système ayant été simplifié ensuite par la directive 2005/36/CE¹⁵.

B. Pharmaciens

L'accès à la profession de pharmacien et son exercice font l'objet de l'un des sept systèmes sectoriels. Comme ce système prévoit la reconnaissance automatique et inconditionnelle des diplômes figurant sur l'une des listes exhaustives des diplômes délivrés dans les Etats membres qui satisfont à la définition communautaire, un Etat membre qui se conforme seulement au niveau minimal de reconnaissance des diplômes prévus ne dispose d'aucune marge d'appréciation quant à l'obligation de reconnaître ce niveau minimal. C'est ce qu'a décidé la Cour lors d'une interprétation donnée de l'article 2 de la directive 85/433/CEE du 16 septembre 1985, visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes en pharmacie et comportant des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif du droit d'établissement dans la domaine de la pharmacie¹⁶.

C. Architectes

L'accès à la profession d'architecte et son exercice font également l'objet d'un des sept systèmes sectoriels. La directive 85/384/CEE du Conseil du 10 juin 1985 vise à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres du domaine de l'architecture et comporte des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif du droit d'établissement et de la libre prestation de services. Ses dispositions prévoient la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres obtenus par une formation répondant aux exigences de la directive, qui ont été délivrés par les autres Etats membres aux ressortissants des Etats membres déjà en possession de ces qualifications, même s'ils ne répondent pas aux exigences minimales visées par la directive. Nonobstant ces dispositions, le Portugal exigeait des titulaires de qualifications professionnelles dans le domaine de l'architecture

(10) C.J.C.E., 3 octobre 2006, *Fidium Finanz*, C-452/04, Rec., I, p. 9521.

(11) C.J.C.E., 21 septembre 2006, *Commission c. Autriche*, C-168/04, Rec., I, p. 9041.

(12) C.J.C.E., 21 septembre 2006, *Commission c. Autriche*, C-168/04, Rec., I, p. 9041.

(13) C.J.C.E., 19 janvier 2006, *Commission c. Allemagne*, C-244/04, Rec., I, p. 885.

(14) Directive 2001/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2001, J.O. L 206, p. 1.

(15) Directive 2001/36/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles du 7 septembre 2005, J.O. L 255, p. 22.

(16) C.J.C.E., 13 juillet 2006, *Mc Cauley*, C-221/05, Rec., I, p. 6869.

conférées par d'autres Etats membres qu'ils présentent une épreuve d'admission à l'Ordre des architectes portugais s'ils n'étaient pas déjà inscrits à l'Ordre des architectes d'un autre Etat membre. Statuant à la suite d'un recours en manquement introduit par la Commission européenne, la Cour a condamné le Portugal¹⁷.

D. Ingénieurs

La profession d'ingénieur tombe, quant à elle, dans le champ d'application du système général, et plus particulièrement dans celui de la directive 89/48/CEE visant la reconnaissance des diplômes sanctionnant un cycle d'études supérieures d'au moins trois ans, délivrés dans un autre Etat membre que l'Etat d'accueil. Lorsque l'accès à la profession réglementée d'ingénieur est subordonné dans l'Etat d'accueil à la possession d'un diplôme, l'autorité compétente ne peut refuser à un ressortissant d'un Etat membre d'exercer cette profession s'il possède les diplômes prescrits dans un autre Etat membre pour y accéder. Toutefois, l'Etat d'accueil peut prendre des mesures de compensation lorsque l'information reçue par le demandeur porte sur des matières substantiellement différentes de celles couvertes par le diplôme requis dans l'Etat d'accueil. La Cour admet également que l'Etat d'accueil puisse limiter l'accès à une profession réglementée aux seules activités auxquelles le diplôme délivré dans l'Etat d'origine, donne accès. Cet accès partiel à une profession réglementée peut être refusé si les différences de formation peuvent être comblées par l'application de mesures de compensation. Lorsque les différences entre les domaines d'activités couverts par les diplômes de l'Etat d'origine et par ceux de l'Etat d'accueil sont tellement importantes qu'elles imposeraient des mesures de compensation obligeant l'intéressé à acquérir une nouvelle formation professionnelle, les autorités de l'Etat d'accueil ne peuvent exclure la reconnaissance partielle de la qualification professionnelle concernée que dans la mesure où l'activité professionnelle que souhaite exercer l'intéressé dans l'Etat d'accueil est objectivement indissociable de l'ensemble des activités couvertes par la profession dans le même Etat¹⁸.

E. Directeur de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques

Le système général de reconnaissance des formations professionnelles, lorsque le cycle d'études est inférieur à trois ans d'études supérieures, a été mis en place par la directive 92/51/CEE. Cette directive a fait l'objet de questions d'interprétation à propos de l'accès à la profession de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques en France. Le demandeur en l'espèce avait acquis sa qualification au Royaume-Uni et s'opposait à la décision du conseil français des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques qui lui imposait une épreuve d'aptitude portant sur trois disci-

plines (matière juridique, pratique des ventes aux enchères publiques et réglementation professionnelle) avant qu'il ne puisse accéder à la profession de directeur de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques en France.

La Cour constate que l'accès à la profession en France est subordonné à la possession d'un diplôme en droit sanctionnant des études d'une durée d'au moins deux ans. Il en résulte pour la Cour que l'exercice de la profession en France exige une connaissance précise du droit national au sens de l'article 4, § 1^{er}, alinéa 3, de la directive 89/48. Cette disposition permet à l'Etat d'accueil d'imposer au demandeur, soit une épreuve d'aptitude, soit un stage d'adaptation sans lui laisser le choix entre les deux mesures de compensation alors que dans les autres hypothèses visées par la directive, le choix appartient au demandeur. La Cour ajoute qu'il n'est pas nécessaire, pour l'application de l'article 4, § 1^{er}, alinéa 3, que l'activité concernée implique la fourniture de conseils ou d'assistance juridique portant sur l'ensemble du droit national : il suffit que la connaissance précise du droit national soit requise dans le cadre d'un domaine d'activité spécialisé et en constitue un élément essentiel et constant. Dès lors, le demandeur peut être obligé de présenter une épreuve d'aptitude qui lui est imposée par l'Etat d'accueil sans pouvoir opter pour un stage d'adaptation¹⁹.

4

Fiscalité

A. Filiale établie dans un autre Etat membre

Si la fiscalité directe relève toujours de la compétence des Etats membres, ceux-ci doivent l'exercer dans le respect du droit communautaire et s'abstenir de toute discrimination fondée sur la nationalité²⁰. Par conséquent, l'Etat membre d'établissement d'une filiale résidente ne peut appliquer un traitement différent à cette filiale du seul fait que sa société mère a son siège dans un autre Etat membre. En effet, le droit d'établissement consacré par l'article 43 CE vise à garantir le bénéfice du traitement national à des filiales d'une société mère ayant son siège dans un autre Etat membre, en interdisant toute discrimination, même minime, fondée sur le lieu du siège de la société mère²¹.

Toutefois, la Cour admet que la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les Etats membres puisse constituer un objectif légitime²². Par conséquent, une mesure restrictive peut être justifiée lorsqu'elle vise spécifiquement les montages fiscaux purement artificiels dont le but est d'échapper à l'emprise de la législation de l'Etat membre concerné. La constatation de l'existence d'un tel montage artificiel exige, outre un élément subjectif consistant en la volonté d'obtenir un avantage fiscal, la démonstration d'un élément objectif, à savoir que le montage ne correspond en rien à une réalité économique étant dépourvue de tous liens économiques réels avec l'Etat membre d'accueil²³. La simple volonté d'obtenir un allègement fiscal ne saurait suffire pour conclure à l'existence d'un montage purement artificiel destiné uniquement à éluder l'impôt. Dans le même ordre d'esprit, la seule circonstance qu'une société résidente dans un Etat membre, crée un établissement secondaire, telle une filiale, dans un autre Etat membre, ne saurait fonder une présomption générale de fraude fiscale et justifier une mesure portant atteinte à l'exercice d'une liberté fondamentale comme le droit d'établissement²⁴.

Au nom de la sauvegarde de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les Etats membres, la Cour a validé la législation finlandaise en vertu de laquelle une filiale, résidente de cet Etat membre, ne peut déduire de ses revenus imposables un transfert financier intragroupe effectué par la filiale en faveur de sa société mère que dans la mesure où cette dernière a son siège en Finlande. Pour la Cour, admettre qu'un transfert financier intragroupe transnational, puisse être déductible des revenus imposables de la société qui y procède, aurait pour conséquence de permettre aux groupes de sociétés de choisir librement l'Etat membre dans lequel les bénéfices de la filiale sont imposés, en les soustrayant de l'assiette fiscale de cette dernière et, lorsque ce transfert est considéré comme un revenu imposable dans l'Etat membre de la société mère bénéficiaire, en les intégrant dans celles de la société mère. Cela compromettrait le système même de la répartition du pouvoir d'imposition entre les Etats membres puisque, au gré du choix opéré par les groupes de sociétés, l'Etat membre de la filiale serait contraint de renoncer à son droit d'imposer, en tant qu'Etat de résidence de ladite filiale, les revenus de cette dernière, au profit, éventuellement, de l'Etat membre du siège de la société mère²⁵.

(19) C.J.C.E., 7 septembre 2006, *Harold Price*, C-149/05, *Rec.*, I, p. 7691.

(20) Principe rappelé dans les arrêts suivants : C.J.C.E., 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, *Rec.*, I, p. 7996; C.J.C.E., 7 septembre 2006, *N.*, C-470/04, *Rec.*, I, p. 7409; C.J.C.E., 14 décembre 2006, *Denkavit*, C-170/05, *Rec.*, I, p. 11949.

(21) C.J.C.E., 14 décembre 2006, *Denkavit*, C-170/05, *Rec.*, I, p. 11949. Signalons également que la Cour a condamné comme discriminatoire une mesure allemande en vertu de laquelle les intérêts d'emprunt versés par une société de capitaux située en Allemagne à un actionnaire non-résident détenant une participation importante dans le capital de cette société sont, sous certaines conditions, considérés comme des bénéfices occultes distribués, taxables dans le chef de la société emprunteuse : voir ordonnance de la Cour, 10 mai 2007, *Lasertec*, C-492/04, non publié. Il en est de même

de la mesure suédoise qui, dans le cadre de l'imposition des dividendes d'action comme des revenus du capital, n'autorise pas la prise en compte des salaires des travailleurs employés dans une succursale de ces sociétés ou par une filiale de cette dernière, et affecte l'exercice de la liberté d'établissement au sens de l'article 43 lorsque la succursale ou la filiale sont établies dans un Etat membre et non dans un Etat tiers : ordonnance de la Cour, 10 mai 2007, *Skatteverket*, C-102/05, non publié.

(22) C.J.C.E., 7 septembre 2006, *N.*, C-470/04, *Rec.*, I, p. 7409.

(23) C.J.C.E., 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, *Rec.*, I, p. 7996.

(24) C.J.C.E., 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, *Rec.*, I, p. 7996.

(25) C.J.C.E., 18 juillet 2007, *OY*, AA, C-231/05, non encore publié.

(17) C.J.C.E., 24 mai 2007, *Commission c. Portugal*, C-43/06, non encore publié.

(18) C.J.C.E., 19 janvier 2006, *Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos*, C-330/03, *Rec.*, I, p. 801.

B. Conventions préventives de double imposition

Les conventions préventives de double imposition conclues par un Etat membre, doivent être conformes aux principes généraux du droit communautaire. Lorsqu'un Etat membre a conclu une convention préventive de la double imposition avec un autre Etat membre, dans le cas de dividendes versés à des résidents par des sociétés résidentes, il doit accorder un traitement équivalent aux dividendes versés aux résidents par des sociétés non-résidentes établies dans un autre Etat membre²⁶. Il s'agit-là d'une application du principe général de non-discrimination en raison de la nationalité, principe fondamental de droit communautaire figurant à l'article 12 du Traité CE.

Par contre, le droit d'établissement et la libre circulation des capitaux ne s'opposent pas à ce qu'un Etat membre, lors d'une distribution de dividendes par une société résidente, accorde aux sociétés bénéficiaires de dividendes résidant également dans l'Etat d'accueil, un crédit d'impôt correspondant à la fraction de l'impôt acquitté par la société résidente qui distribue les bénéfices, mais n'en accorde pas aux sociétés bénéficiaires résidant dans un autre Etat membre qui ne sont pas assujetties à l'impôt dans l'Etat d'accueil. Les mêmes dispositions ne s'opposent pas à ce qu'un Etat membre n'étende pas le droit à un crédit d'impôt prévu dans une convention préventive de la double imposition avec un autre Etat membre pour des sociétés résidant dans cet autre Etat membre, à des sociétés résidentes d'un troisième Etat membre avec lequel il a conclu une convention préventive de double imposition qui ne prévoit pas un tel droit pour les sociétés résidant dans ce troisième Etat membre²⁷.

C. Traitement fiscal différencié

Le même principe de non-discrimination s'applique en matière de libre prestation des services. Ce principe s'oppose à l'application d'une législation nationale interdisant aux destinataires de services, débiteurs de la rémunération à verser à un prestataire de services vivant dans un autre Etat membre, de déduire les frais professionnels directement liés aux activités de ce dernier dans l'Etat membre de la prestation, lors de la retenue à la source de l'impôt, alors qu'un prestataire de services résidant dans l'Etat de la prestation n'est soumis à l'impôt que sur ses revenus nets, c'est-à-dire après déduction des frais professionnels.

Par contre, la réglementation nationale de l'Etat d'accueil où a lieu la prestation, peut prévoir que les seuls frais professionnels déductibles sont ceux directement liés aux activités ayant généré des revenus imposables, exercées dans l'Etat membre où est effectuée la prestation et communiquée au bénéficiaire du service qui est débiteur de la rémunération due au prestataire de services.

L'article 49 consacrant la libre prestation de services ne s'oppose toutefois pas à ce que la

rémunération des prestataires de services non-résidents fasse l'objet d'une retenue à la source de l'impôt alors qu'une telle retenue n'est pas applicable lorsque le prestataire de services est résidant dans l'Etat d'accueil. Le défaut de procéder à une telle retenue à la source peut engager la responsabilité du bénéficiaire de services²⁸.

Une restriction légale à la libre prestation des services peut, le cas échéant, être justifiée par un motif d'intérêt général. La cohérence de la politique fiscale de l'Etat d'accueil comme raison impérieuse d'intérêt général avait été admise par la Cour dans le célèbre arrêt *Bachmann* mais avait ensuite l'objet d'appréciations plus mesurées dans la jurisprudence de la Cour²⁹. Conformément à la jurisprudence ultérieure de la Cour, pour que les restrictions fondées sur l'exception *Bachmann* puissent être retenues, il faut établir l'existence d'un lien direct entre l'avantage fiscal concerné et la compensation de cet avantage par un prélèvement fiscal déterminé. Dans le cadre d'un recours en manquement introduit par la Commission contre le Portugal, l'exception *Bachmann* a été invoquée vainement pour justifier une réglementation discriminatoire applicable aux plus-values réalisées lors de la vente d'immeubles à usage d'habitation, selon que les gains obtenus sont réinvestis ou non dans l'acquisition d'immeubles situés au Portugal³⁰.

D. Entreprises d'assurance établies à l'étranger

Au nom de ces différentes libertés, ainsi qu'en vertu des articles 28, 31, 36 et 40 de l'Accord sur l'espace économique européen, ainsi que de certaines dispositions et directives concernant l'assurance directe sur la vie, la Belgique a été condamnée le 5 juillet 2007 dans le cadre d'un recours en manquement introduit par la Commission européenne³¹. Par cette décision, la Cour a sanctionné la législation fiscale belge prévoyant un traitement moins favorable des cotisations au régime de retraite professionnelle versées aux entreprises d'assurance établies à l'étranger. Trois types de dispositions ont été condamnés.

En premier lieu, le refus d'accorder un droit à déduction des cotisations patronales d'assurance dues en exécution d'une assurance complémentaire contre la vieillesse et le décès prématuré lorsqu'elles sont versées à une entreprise d'assurance ou à une institution de prévoyance qui n'est pas établie en Belgique puisqu'une telle réglementation a pour effet d'accorder un avantage fiscal différent selon le lieu d'encaissement des cotisations et est, de ce fait, de nature à dissuader les travailleurs d'exercer leur droit de circulation dans les autres Etats membres.

En deuxième lieu, la fiction prévue par l'article 364bis du Code des impôts sur les revenus de 1992 suivant laquelle les capitaux, valeurs de rachat et épargne payées ou attribuées à un contribuable qui a transféré son domicile ou le siège de sa fortune à l'étranger, sont censées lui avoir été payées ou attribuées le jour qui précède ce transfert de sorte que tout assureur a l'obligation de retenir un précompte professionnel sur les montants payés à un non-résident qui a été résident fiscal belge. A cet égard, la déclaration des autorités belges selon laquelle il ne serait plus fait application de cette présomption en présence d'une convention fiscale préventive de la double imposition qui attribue le droit d'imposer le revenu à l'autre Etat contractant, même lorsque cet Etat n'utilise pas de ce droit, ne constitue pas une exécution correcte des obligations communautaires de la Belgique. En effet, suivant une jurisprudence constante, même si dans la pratique, les autorités d'un Etat membre n'appliquent plus une disposition nationale contraire au droit communautaire, la sécurité juridique exige néanmoins que cette disposition soit modifiée.

En troisième lieu, la réglementation belge, en imposant le transfert de capitaux ou de valeurs de rachat opéré par le fonds de pension ou l'organisme d'assurance auprès duquel ils ont été constitués au profit du bénéficiaire ou de ses ayants droit à un autre fonds de pension ou à un autre organisme d'assurance établi en dehors de la Belgique, dissuade les travailleurs salariés et les indépendants d'aller s'installer dans un autre Etat membre, en les empêchant de faire suivre leur épargne en ce lieu.

E. Discrimination fiscale envers les non-résidents

L'article 39 du Traité CE qui consacre la libre circulation des travailleurs, s'oppose à une réglementation nationale qui ne permet pas à un ressortissant communautaire, non-résident de l'Etat membre dans lequel il perçoit les revenus de son travail alors que ceux-ci constituent l'essentiel de ses ressources imposables, de demander la prise en compte, dans le cadre de la détermination du taux d'imposition applicable, des revenus locatifs négatifs relatifs à des immeubles situés dans un autre Etat membre alors qu'il bénéficierait de cette possibilité s'il résidait dans l'Etat membre dans lequel il perçoit les revenus de son travail³².

5

Monopoles nationaux, autorisations administratives

Une réglementation nationale qui soumet l'exercice d'activités de collecte, d'acceptation, d'enregistrement et de transmission de paris, notamment sur les événements sportifs, à l'obtention d'une concession ou d'une autorisation de police délivrée par l'Etat membre concerné,

(26) C.J.C.E., 12 décembre 2006, *Test Claimants in II Group Litigation*, C-446/04, Rec., I, p. 11753.

(27) C.J.C.E., 12 décembre 2006, *Test Claimants in class IV of the Act Group Litigation*, C-374/04, Rec., I, p. 11673.

(28) C.J.C.E., 3 octobre 2006, *Scorpio*, C-290/04, Rec., I, p. 9461.

(29) Voy. à ce sujet, L. DEFALQUE, « Chronique - Liberté d'établissement et libre prestation des services », *J.T.D.E.*, 2005, p. 204.

(30) C.J.C.E., 26 octobre 2006, *Commission c. Portugal*, C-345/05, Rec., I, p. 10633.

(31) C.J.C.E., 5 juillet 2007, *Commission c. Belgique*, C-522/04, non encore publié; voy. également, au sujet de la déduction fiscale des cotisations d'assurance vie et de retraite : C.J.C.E., 30 janvier 2007, *Commission c. Danemark*, C-150/04, Rec., I, p. 1199.

(32) C.J.C.E., 18 juillet 2007, *grand-duché de Luxembourg c. Lakebrink*, C-182/06, non encore publié.

constitue une restriction au droit d'établissement et à la libre prestation des services. La Cour rappelle toutefois qu'un certain nombre de raisons impérieuses d'intérêt général, telles que les objectifs de protection des consommateurs, de prévention de la fraude et de l'incitation du citoyen à une dépense excessive liée au jeu, ainsi que de prévention de troubles à l'ordre social en général, ont été admises par la jurisprudence. En outre, dans ce domaine, un large pouvoir d'appréciation est reconnu aux autorités nationales du fait des particularités d'ordre moral, religieux ou culturel et des conséquences moralement et financièrement préjudiciables pour l'individu et la société encourageant les jeux et les paris. Les Etats membres sont ainsi libres de fixer les objectifs de leur politique en matière de jeux de hasard, étant entendu que les restrictions légales doivent répondre au principe de proportionnalité. Un système de concession peut constituer un mécanisme efficace permettant de contrôler les opérateurs actifs dans le secteur des jeux de hasard. Le but est de prévenir l'exploitation de telles activités à des fins criminelles ou frauduleuses. La Cour charge la juridiction nationale de renvoi de vérifier si, dans la mesure où elle limite le nombre d'opérateurs agissant dans le secteur des jeux de hasard, la réglementation nationale répond véritablement à l'objectif invoqué.

En revanche, la Cour considère que la réglementation italienne qui exclut du secteur des jeux de hasard les opérateurs constitués sous forme de sociétés de capitaux dont les actions sont cotées sur le marché réglementé, est disproportionnée par rapport à l'objectif visé. Enfin, déclare la Cour, des sanctions pénales ne peuvent être imposées pour restreindre les libertés fondamentales garanties par le droit communautaire. Un Etat membre ne peut appliquer une sanction pénale pour une formalité administrative non remplie lorsque l'accomplissement de cette formalité est interdite par le droit communautaire³³.

Dans une autre affaire, la Cour a, par ailleurs, déclaré contraire au Traité C.E. une réglementation grecque interdisant l'installation et l'exploitation de tous jeux électriques, électromécaniques et électroniques dans tous les lieux publics ou privés, à l'exception des casinos, cette interdiction ne pouvant être justifiée par des raisons d'intérêt général car elle est disproportionnée au regard des objectifs poursuivis³⁴.

Par contre, la Cour considère que la protection de la santé et de l'ordre public justifient une réglementation finlandaise subordonnant l'importation d'alcool éthylique ayant un degré alcoolique supérieur à 80% à une autorisation préalable, sauf s'il est possible d'atteindre le même objectif par des mesures moins restrictives pour le commerce intracommunautaire³⁵.

A l'inverse, la protection de la santé n'a pas été considérée comme justifiant la réglementation

nationale suédoise interdisant aux particuliers d'importer des boissons alcoolisées d'autres Etats membres, une telle interdiction devant être appréciée, pour la Cour, à la lumière de l'article 28 sur la libre circulation des marchandises et non pas à celle de l'article 31 du Traité CE sur les monopoles nationaux présentant un caractère commercial. En effet, conformément à la jurisprudence, seul l'exercice par le monopole de ses droits d'exclusivité doit être examiné au regard de l'article 31 et, en l'espèce, l'exclusivité du monopole suédois est limitée à la vente au détail de boissons alcoolisées aux consommateurs et non aux importations des mêmes boissons³⁶.

6

Autres affaires concernant la libre circulation des marchandises

Dans le cadre d'une procédure en manquement, la Belgique a été condamnée du chef de sa réglementation en matière d'importation et de mise sur le marché belge des systèmes de détection automatique d'incendie par détecteurs ponctuels. De tels systèmes légalement fabriqués ou commercialisés dans un autre Etat membre et ne portant pas le marquage CE, devaient soit être conformes à une norme belge, soit être soumis à un agrément délivré par un organisme de contrôle belge demandant des frais disproportionnés pour un tel agrément, tout en imposant des tests et des vérifications faisant double emploi avec des contrôles déjà effectués dans le cadre d'autres procédures³⁷.

Par ailleurs, dans un arrêt important, la Cour a confirmé que lorsque, pour un produit spécifique, il existe une directive d'harmonisation ayant pour objet de faciliter la libre circulation entre les Etats membres et que cette directive comprend une clause de sauvegarde, seule ladite clause peut être invoquée par un Etat membre. En l'espèce, il s'agissait de la directive 93/42/CEE du Conseil du 14 juin 1993 relative aux dispositifs médicaux qui prévoit une procédure de sauvegarde lorsqu'un Etat membre invoque une raison de santé publique lorsque le pouvoir adjudicateur d'un Etat membre a lancé une procédure d'appel d'offres pour la fourniture de certains dispositifs médicaux et a précisé que ces derniers devaient être conformes à la pharmacopée européenne et munis du marquage CE. Ce pouvoir adjudicateur ne peut rejeter les dispositifs médicaux proposés pour des raisons de santé publique que moyennant la mise en œuvre de la procédure de sauvegarde prévue par la directive. Au surplus, le même pouvoir adjudicateur est alors tenu de suspendre la procédure d'appel d'offres jusqu'à l'issue de la procédure de sauvegarde, le résultat de celle-ci étant contraignant. Si la mise en œuvre d'une telle procédure de sauvegarde engendre un retard susceptible de compromettre le fonctionnement d'un hôpital public et en conséquence,

la santé publique, le pouvoir adjudicateur a le droit d'adopter les mesures provisoires nécessaires dans le respect du principe de proportionnalité, pour lui permettre de se procurer le matériel nécessaire au bon fonctionnement de l'hôpital public considéré³⁸.

7

Droit social

A. Santé et sécurité au travail : repli³⁹

Aux termes d'une directive communautaire⁴⁰, l'employeur doit assurer la sécurité et la santé des travailleurs dans tous les aspects liés au travail (article 5, § 1^{er}). Les Etats membres peuvent exclure ou diminuer la responsabilité des employeurs. Mais cette possibilité est circonscrite à des faits dus à des circonstances anormales, imprévisibles et étrangères aux employeurs. La responsabilité des employeurs peut aussi être exclue ou limitée lorsque l'événement résulte d'événements exceptionnels, dont les conséquences n'auraient pu être évitées malgré toute la diligence déployée.

Au Royaume-Uni, la loi britannique de transposition précise que l'obligation ainsi définie s'applique « pour autant que ce soit raisonnablement praticable ». On voit tout de suite la limite apportée par cette nuance : il « suffira » à l'employeur de montrer combien l'application absolue de l'obligation aurait produit, dans son chef, des conséquences « déraisonnables », par exemple des dépenses excessives, ou une désorganisation de la production.

Il n'est dès lors guère surprenant que la réserve ainsi introduite par la législation britannique ait fait l'objet d'une procédure devant la Cour. En l'occurrence, cette procédure fut intentée par la Commission (recours en manquement), ce qui en surprendra plus d'un car cette institution est souvent accusée d'être l'apôtre du libéralisme et de la dérégulation.

Le recours sera toutefois rejeté par la Cour. Pour celle-ci, la Commission n'a pas démontré l'existence d'une transposition erronée dans l'ordre britannique.

La portée de l'arrêt n'est pas exempte d'ambiguïté. En définitive, il semble que c'est pour une raison technique, liée au droit de la preuve, que la demande fut écartée. En application de la jurisprudence, il appartient à la Commission de démontrer le manquement lorsqu'elle procède contre un Etat devant la Cour. En l'occurrence, cette exigence n'a pas semblé satisfaite à la juridiction. Pour celle-ci, « la Commission n'a pas démontré que la clause litigieuse limite, en méconnaissance... [du droit communautaire], l'obligation des employeurs »...⁴¹.

(33) C.J.C.E., 6 mars 2007, *Placanica*, C-338/04, C-359/04, C-360/04, non encore publié.

(34) C.J.C.E., 26 octobre 2006, *Commission c. Grèce*, C-65/05, *Rec.*, I, p. 10341. Dans ce même arrêt, la Cour a considéré que la réglementation grecque en cause était contraire au droit d'établissement et à la libre prestation des services, ainsi qu'à l'article 8 de la directive 93/34 obligeant les Etats membres à notifier à la Commission européenne leurs projets de normes et de réglementations techniques avant de les mettre en œuvre.

(35) C.J.C.E., 28 septembre 2006, *Ahokainen*, C-434/04, *Rec.*, I, p. 9171.

(36) C.J.C.E., 5 juin 2007, *Rosengren e.a.*, C-170/04, non encore publié.

(37) C.J.C.E., 7 juin 2007, *Commission c. Belgique*, C-254/05, non encore publié.

(38) C.J.C.E., 14 juin 2007, *Medipack-Kazantzidis*, C-6/05, non encore publié.

(39) Arrêt de la C.J.C.E. du 14 juin 2007, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-127/05.

(40) Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail (*J.O.* L 183, p. 1).

(41) § 57.

Cette conclusion est paradoxale. La Cour reproche à la Commission de n'avoir pas démontré que l'étendue de l'obligation était limitée. Mais n'est-ce pas à elle qu'il convient d'établir cette étendue, et de la confronter à la prétendue limitation, dont il suffit à la Commission d'établir l'existence? Il nous semble que l'interprétation des dispositions communautaires, qui relève des compétences de la Cour, implique la détermination de l'étendue des droits et des obligations créés par ces dispositions ...

Quoi qu'il en soit, la loi britannique peut donc rester plus souple, sur le point traité, que les législations figurant dans les autres Etats membres. On imagine la suite. Cette souplesse sera invoquée par les employeurs des autres Etats pour demander l'introduction de la même réserve dans leur ordre interne. Progressivement, elle sera intégrée dans toutes les législations nationales. Pour la supprimer, il faudra recommencer à négocier, au niveau communautaire, dans une matière qui, on le sait, n'évolue guère, en raison, précisément, des réticences britanniques...

B. Détachement de travailleurs et protection sociale

Lorsqu'une entreprise située dans un Etat membre effectue une prestation des services dans un autre Etat membre en y détachant des travailleurs salariés ressortissant d'un Etat tiers, toute restriction à un tel détachement doit s'apprécier conformément aux principes généraux en matière de libre prestation des services. L'Autriche subordonnait un tel détachement de travailleurs ressortissants d'un Etat tiers à la délivrance d'une autorisation administrative, laquelle constitue une restriction à la libre prestation des services. A l'occasion d'un recours en manquement introduit par la Commission européenne, la Cour a considéré que la protection des travailleurs et la stabilité de l'emploi ne justifiaient pas une réglementation autrichienne imposant le respect systématique des conditions de salaire et d'emploi en Autriche sans tenir compte des mesures de protection sociales existant dans l'Etat d'origine de l'entreprise prestataire de services et subordonnant l'autorisation de détachement à l'existence de contrat de travail d'au moins un an ou à durée indéterminée. Les conditions figurant dans la loi autrichienne ne sont pas proportionnelles aux objectifs poursuivis. Elles ne peuvent pas non plus être justifiées par la sauvegarde de l'ordre public et de la sécurité publique, de telles justifications ne pouvant être invoquées qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société. En l'espèce, il était tout à fait loisible aux autorités autrichiennes de prendre, au cas par cas, les mesures qui s'imposaient éventuellement⁽⁴²⁾.

La Cour a également condamné certaines dispositions de la loi allemande sur le détachement des travailleurs. En vertu de celle-ci, les entreprises de travail temporaire établies dans d'autres Etats membres étaient tenues de communiquer par écrit aux autorités allemandes compétentes non seulement le début et la fin de la mise à disposition d'un travailleur au profit d'une entreprise utilisatrice en Allemagne, mais

aussi le lieu d'affectation de ce travailleur ainsi que toute modification relative à ce lieu, tandis que les entreprises du même type établies en Allemagne n'étaient pas soumises à cette obligation supplémentaire. Cette règle discriminatoire n'est pas justifiée par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique⁽⁴³⁾.

8

Concurrence

A. Préjudice tiré d'une mauvaise application, par la Commission, des règles européennes

Passant à un autre domaine, nous relevons un arrêt important rendu par le T.P.I. des Communautés européennes (T.P.I.), qui a condamné la Commission européenne à réparer le préjudice subi par des entreprises à la suite d'une mauvaise application, par elle, des règles européennes de la concurrence.

D'emblée, une remarque pratique : on pourrait croire que le sujet est réservé à des initiés : nous aimerions démontrer le contraire. Le contentieux de la concurrence est devenu essentiel pour un nombre croissant de praticiens, car ces règles s'appliquent, maintenant, pour l'essentiel, devant les juridictions nationales, et devant les autorités nationales ayant cela dans leur compétence.

Dans cette affaire (*Schneider*)⁽⁴⁴⁾, une entreprise voulait en acquérir une autre⁽⁴⁵⁾. L'acquisition avait été notifiée à la Commission, conformément aux règles communautaires relatives au contrôle des concentrations. Mais les parties ne souhaitaient pas attendre la décision à prendre par la Commission à la fin de la procédure. Elles voulaient aller de l'avant immédiatement. L'opération avait donc été réalisée sans attendre.

Or, la concentration fut finalement déclarée inacceptable par la Commission au terme de la procédure prévue par le droit européen⁽⁴⁶⁾. A la suite de cette évaluation négative, l'ordre fut donné à l'acquéreur de revendre les actifs acquis. Ce qui fut fait, non sans impliquer, dans le chef de l'acquéreur, une moins-value substantielle, car les actifs durent être réalisés rapidement.

(43) C.J.C.E., 18 juillet 2007, *Commission c. Allemagne*, C-490/04, non encore publié.

(44) Arrêt du T.P.I., du 11 juillet 2007, *Schneider Electric c. Commission*, aff. T-351/03.

(45) L'entreprise Schneider voulait acquérir la firme Legrand. Les deux entreprises sont des sociétés françaises actives dans la production et la vente de produits et systèmes dans les secteurs suivants : distribution électrique, contrôle industriel et automation (Schneider); appareillages électriques d'installations basse tension (Legrand).

(46) Pour cette institution, les parties acquéraient ensemble, sur plusieurs marchés, une position trop importante. Décision 2004/275/CE de la Commission du 10 octobre 2001 déclarant une opération de concentration incompatible avec le marché commun, règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil (affaire COMP/M.2283 - *Schneider c. Legrand*) J.O. L 101 du 6 avril 2004 p. 0001-0133. La « décision de séparation » ne semble pas avoir fait l'objet d'une publication. Pour une description de son contenu, voy. l'arrêt recensé, §§ 44-45.

Ultérieurement, les deux décisions prises par la Commission (appréciation négative de l'opération, ordre de revendre les actifs) furent mis en cause devant le T.P.I. des Communautés européennes (« T.P.I. »), qui les annula. Selon la juridiction, la Commission avait commis une double erreur. Tout d'abord, elle s'était trompée en considérant que la position acquise par les entreprises sur plusieurs marchés était inacceptable (erreur substantielle, dans l'appréciation de l'opération). Ensuite, elle n'avait pas mentionné certains griefs dans le document communiqué aux parties et expliquant les difficultés que suscitait l'opération. Cette omission aurait privé les destinataires d'une occasion de faire valoir leurs arguments tendant à faire accepter l'opération en dépit des difficultés suscitées par celle-ci. Par ailleurs, les parties avaient également été privées, à cette occasion, de la possibilité de proposer des aménagements, qui auraient pu rendre acceptable l'opération⁽⁴⁷⁾ (erreur procédurale).

Ayant obtenu gain de cause dans leurs recours en annulation, les parties introduisirent, devant la même juridiction, un recours en indemnité. Dans ce recours, elles demandaient que la Commission soit condamnée à compenser le préjudice né des décisions prises par cette institution et contraires au droit communautaire.

Le principe d'une responsabilité extracontractuelle dans le chef des institutions communautaires est accepté depuis de nombreuses années⁽⁴⁸⁾. Du reste, il figure explicitement au Traité CE (article 288 CE). La nouveauté réside dans l'application de ce principe à l'autorité chargée d'appliquer les règles de la concurrence. Dans l'arrêt, le T.P.I. indique que, dans ce domaine, comme dans les autres, plusieurs éléments doivent être établis avant qu'une institution communautaire puisse être tenue pour responsable.

Une faute : la première condition est une faute commise par l'institution concernée. Techniquement, cette faute doit être « suffisamment caractérisée ». Selon le T.P.I., c'est le cas en l'espèce. La faute procédurale commise par la Commission ne trouve ni justification ni explication dans les contraintes particulières pesant objectivement sur les services de cette institution.

La violation d'une règle de droit ayant pour objet de protéger des particuliers : cette condition, qui est liée à la notion de faute, prévoit que les particuliers peuvent obtenir une indemnisation lorsqu'ils sont affectés de manière particulière par un comportement communautaire. Selon la jurisprudence communautaire, cette affectation doit prendre la forme d'une violation d'un droit spécifique accordé par le droit communautaire. C'est le cas, à nouveau, en l'espèce, selon le T.P.I., et l'on ne peut qu'aller dans le sens de la juridiction : la faute procédurale commise par la Commission a affecté les droits de la défense dont jouissaient les parties à la concentration.

Un dommage : en l'occurrence, un dommage avait été causé par les décisions illicites aux en-

(47) En particulier, elle n'avait pas repris, dans la communication des griefs signifiée à l'entreprise, l'ensemble des objections qu'elle invoqua dans sa décision finale.

(48) Dans la jurisprudence, voy. notamment l'arrêt de la C.J.C.E., du 29 septembre 1982, *Oleifici Mediterranei c. CEE*, 26/81, Rec., p. 3507 et arrêt du T.P.I., du 14 décembre 2005, *Beamglow c. Parlement e.a.*, T-383/00, p. II-5459.

(42) C.J.C.E., 21 septembre 2006, *Commission c. Autriche*, C-168/04, Rec., I, p. 9041.

treprises concernées. Selon le T.P.I., ce dommage est assez précis. Il s'agit, en premier lieu, des frais encourus par l'entreprise pour participer à la reprise de la procédure après les annulations prononcées par le Tribunal. En second lieu, le dommage couvre la réduction du prix de cession qu'a dû consentir Schneider au repreneur des actifs pour obtenir un report de l'effet de cette cession à une date telle que les procédures juridictionnelles alors en cours devant le juge communautaire ne soient pas privées de leur objet avant d'avoir abouti.

Un lien de causalité, enfin, doit être établi entre la faute et le dommage. En l'occurrence, c'est bien l'illégalité des décisions prises par la Commission qui a entraîné le dommage mentionné ci-dessus dans ses deux aspects. Pour partie en tout cas : car le dommage fut causé, partiellement, selon le T.P.I., par les parties, qui n'avaient pas voulu attendre la fin de la procédure avant de réaliser l'opération, et avaient ainsi créé elles-mêmes le risque d'un préjudice en cas de décision négative.

L'arrêt ouvre des possibilités intéressantes aux praticiens engagés dans des procédures impliquant l'application des règles européennes de la concurrence, que ce soit devant des organes européens ou nationaux⁴⁹. Il donne aux entreprises un moyen de pression, que ces dernières peuvent, le cas échéant, exercer sur les autorités chargées d'appliquer ces règles.

B. Abus de position dominante : revirement refusé

La jurisprudence communautaire sur l'abus de position dominante est parfois mise en cause : on lui reproche d'être centrée sur la protection de concurrents alors qu'il faudrait promouvoir l'efficacité. Ainsi, fait-on valoir, on devrait accepter que des entreprises dominantes augmentent leur pouvoir si les consommateurs semblent en profiter (économies d'échelle, etc.). Une telle perspective va à l'encontre de la jurisprudence actuelle, dans laquelle tout acte accompli par une firme dominante est problématique dès lors qu'il conduit à une augmentation de la puissance détenue par l'entreprise. L'autorité européenne veut que les marchés restent libres. Sans cela, le meilleur exercice des activités économiques lui paraît compromis.

Dans ce débat, la Cour prend position en réaffirmant sa jurisprudence.

Prix prédateurs. — Dans une première affaire⁵⁰, elle devait se prononcer sur la possibilité, pour

une entreprise dominante, de vendre à perte ses produits ou ses services. Elle décide qu'une entreprise dominante ne peut vendre à perte lorsque cette pratique s'inscrit dans un plan visant à éliminer un ou plusieurs concurrents. L'existence d'un tel plan peut être établie par toute voie de droit. Elle est présumée lorsque les prix sont inférieurs au coût marginal. Cette présomption est irréfutable⁵¹.

Rabais. — La seconde affaire⁵² visait à préciser la liberté dont disposent les firmes dominantes pour accorder des rabais à leurs clients. En l'occurrence, British Airways (« BA ») avait convenu la rémunération suivante avec les agences de voyage britanniques pour la distribution des billets valant transport sur ses avions : une partie de base, assez limitée, serait versée indépendamment du chiffre d'affaires réalisé sur ces ventes; à cette partie de base s'ajouterait une rémunération flexible, pouvant être substantielle, et dépendant de l'évolution du chiffre d'affaires « BA » réalisé par l'agent.

Un tel système est habile. Les revenus globaux obtenus par les agents de voyage établis au Royaume-Uni dépendent, en grande partie, de la rémunération versée par BA⁵³. Or, on a vu que, dans cette rémunération, la part substantielle a un caractère flexible. C'est dire que, s'ils souhaitaient obtenir des revenus élevés, ces agents devaient vendre des billets BA de préférence à ceux émis par les autres compagnies aériennes.

Selon la Cour, une telle pratique constitue, dans le chef d'une firme dominante, un abus. Elle a l'effet d'« exclure », progressivement, en effet, du marché, les autres compagnies aériennes. L'entreprise peut alors augmenter sa part de marché et, ainsi, sa puissance. Or, c'est précisément ce que cherche à éviter la jurisprudence actuelle...

C. Importations parallèles : limitation possible

L'originalité du droit communautaire en matière d'importations parallèles n'est plus à souligner. Les dispositions européennes permettent et facilitent, même, l'acquisition de produits et

de services dans d'autres pays de la Communauté. Il s'agit, bien sûr, des dispositions relatives au marché intérieur, mais aussi de celles relevant de la concurrence.

Ainsi, une jurisprudence bien établie considère que, dans les contrats de distribution, les producteurs ne peuvent empêcher les distributeurs de vendre leurs produits ou leurs services à des acheteurs situés dans d'autres pays de la Communauté. Un acheteur belge peut donc s'adresser à un distributeur français ou néerlandais pour l'acquisition d'un produit allemand, sans qu'un tel scénario puisse être interdit dans le réseau de distribution (« Importation parallèle »)⁵⁴.

Le régime ainsi décrit connaît une limite. Les distributeurs peuvent se voir prohiber de procéder à des « ventes actives ». Dans le contrat de distribution, il peut leur être interdit de contacter, de sa propre initiative, un client situé à l'étranger, par des prospectus, en se déplaçant ou en établissant des points de vente à l'étranger.

Cet état de la jurisprudence pourrait être revu, à la suite d'un arrêt rendu par le T.P.I. dans une affaire impliquant la vente de médicaments⁵⁵. Les prix de référence pratiqués par ce producteur divergeaient en fonction de l'Etat membre pour un même médicament. Dans chaque Etat, ces prix étaient fixés en fonction de la valorisation acceptée, pour le produit en question, par l'autorité gérant la sécurité sociale sur le territoire national. Cette différence de prix était exploitée par des grossistes, qui achetaient les médicaments dans les pays où les prix étaient bas pour les revendre où ces prix étaient plus élevés.

Cette situation mettait en difficulté l'entreprise concernée, selon ses propres déclarations. Sur les marchés où les prix étaient plus élevés, elle subissait la concurrence des grossistes introduisant ses produits dans le pays, de façon parallèle, à partir d'un autre Etat, où ils s'étaient approvisionnés à bas prix. Or, c'était dans ces Etats, où les prix sont les plus élevés, qu'elle espérait réaliser les bénéfices requis pour des recherches ultérieures.

Pour mettre fin à ce système, l'entreprise décida de pratiquer à l'avenir deux niveaux de prix dans les premiers Etats : les prix pour les produits destinés à la consommation dans cet Etat, et ceux appliqués aux produits destinés à la vente dans d'autres Etats.

La pratique fut analysée par la Commission comme une violation de l'article 81 CE. Elle compliquait en effet la circulation des produits à travers les frontières nationales. La décision prise par cette institution fut toutefois annulée par le T.P.I. durant la période sous recension. Pour le T.P.I., un accord ayant pour objet de limiter le commerce parallèle n'est pas en soi illicite. Il l'est seulement si, et dans la mesure où, l'accord réduit le bien-être du consommateur. Cet effet négatif doit être établi : la Commission ne peut se contenter de constater qu'une entrave a été mise aux importations parallèles.

(49) Malgré cette nouveauté, il a sans doute déçu les requérants. Ces derniers demandaient que la Commission soit condamnée à compenser la perte financière qu'a entraînée l'obligation, pour elles, de revendre les actifs ayant fait l'objet de la concentration, à un prix inférieur à celui auquel ces actifs avaient fait l'objet de l'acquisition. Cette demande fut toutefois écartée par la juridiction européenne. Elle supposait en effet que, si les griefs complets avaient été communiqués, la Commission aurait rendu une décision positive. Or, cela ne pouvait être garanti. Par ailleurs, pouvait-on considérer que les entreprises s'étaient vu privées, par le comportement illicite de la Commission, d'une chance sérieuse d'obtenir une décision favorable? A supposer que cela soit, le cas, la réalisation de cette chance serait liée à des paramètres trop aléatoires pour faire l'objet d'une quantification convaincante...

(50) Arrêt du T.P.I., du 30 janvier 2007, *France Telecom c. Commission*, aff. T-340/03. L'affaire concernait France Telecom, qui, via une filiale, avait facturé des tarifs infé-

rieurs aux coûts pour l'accès à l'internet haut débit. Sur le marché pertinent, l'entreprise disposait d'une part de marché comprise entre 50 et 72%.

(51) Ce qui compte, donc, pour la Cour, c'est l'intention d'éliminer un concurrent. Une telle élimination permettrait à l'entreprise d'augmenter sa puissance. Or, c'est cela, précisément, que la jurisprudence cherche à éviter. L'existence d'un plan éliminatoire peut être établi par toute voie de droit. Parfois, l'entreprise fixe ses prix à un niveau tellement bas que la pratique ne peut être expliquée par un autre objectif. Pour la sécurité juridique, il fallait déterminer quand les prix peuvent être interprétés comme fournissant, par eux-mêmes, une indication sur l'intention éliminatoire. C'est la notion de prix marginal qui est choisie à cet effet. Dans la plupart des industries, les prix marginaux sont en effet inférieurs aux prix moyens.

(52) Arrêt de la C.J.C.E., du 15 mars 2007, *British Airways c. Commission*, aff. C-95/04-P.

(53) Un autre argument servant de base à la condamnation est que le système BA opérait une discrimination entre les agents de voyages. En application de système, des agents réalisant le même chiffre d'affaires en billets BA se voyaient en effet octroyer des rémunérations différentes en fonction de l'évolution du chiffre d'affaires réalisé pour les billets de cette entreprise. Or, l'article 82 CE interdit aux firmes dominantes d'imposer à leurs partenaires commerciaux des conditions différentes portant atteinte à leur capacité concurrentielle.

(54) L'importation est dite « parallèle » car elle a lieu parallèlement au circuit « habituel » de distribution. Généralement, le client achète le produit ou service dans l'Etat (ou la région) où il se trouve. S'adresser à un distributeur situé ailleurs paraît moins habituel.

(55) Arrêt de la C.J.C.E., du 27 septembre 2006, *GSK c. Commission*, aff. T-168/01.

9

Droit financier

A. Valeurs mobilières :
responsabilité
pour information inexacte

L'affaire suivante⁵⁶ concerne les sanctions pouvant être imposées pour publication de renseignements inexacts dans un prospectus établi à l'occasion de l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle. En l'espèce, une entreprise avait établi un prospectus pour augmenter son capital. L'opération et le prospectus avaient été approuvés par le conseil d'administration. Mais des erreurs substantielles étaient apparues. Et une sanction avait été infligée, en conformité avec la législation nationale, et avec le droit communautaire⁵⁷, à la personne désignée comme responsable.

Une sanction avait aussi été imposée à d'autres membres du conseil d'administration. On se demandait si cela était conforme au droit communautaire, qui ne prévoyait pas explicitement cette possibilité. La Cour répond par l'affirmative. A cet effet, elle se base sur la finalité poursuivie par la directive communautaire concernée. Selon la Cour, cette directive cherche à renforcer la confiance des investisseurs. Dans cet esprit, toute personne ayant contribué à la publication d'informations inexacts peut être sanctionnée, pourvu que la sanction soit proportionnelle. La directive désigne comme responsable la personne présentée comme telle dans le prospectus. Mais cette désignation ne peut être interprétée comme une limitation. En l'occurrence, le conseil d'administration avait été informé de la différence existant entre le résultat annoncé et celui réellement escompté. Il avait pourtant approuvé la publication du prospectus...⁵⁸.

B. Golden shares : interdiction

Malgré la vague de libéralisation qui a déferlé sur nos territoires, les Etats peuvent-ils être liés, encore aujourd'hui, aux entreprises nationales, par des liens privilégiés? Cette question était posée dans une affaire⁵⁹ concernant le statut, au regard du droit communautaire, d'actions privilégiées détenues par des autorités publiques dans le capital d'entreprises. Sur le principe, on sait que de telles actions entravent la libre circulation

des capitaux : elles sont de nature à empêcher ou limiter l'acquisition d'actions, notamment par des firmes étrangères, dans les entreprises concernées. Le problème crucial est de déterminer si, et dans quelle mesure, ces actions privilégiées peuvent être justifiées⁶⁰.

En l'occurrence, un recours en manquement avait été introduit par la Commission européenne contre l'Etat néerlandais. Les statuts de deux entreprises néerlandaises concernées (KPN et TPG) attribuaient à cet Etat une action spécifique lui conférant des droits spéciaux⁶¹. Dans les deux cas, la Cour se prononça contre l'Etat.

S'agissant de KPN, le gouvernement néerlandais n'invoquait, devant la Cour, aucun objectif général pouvant servir de justification. Un manquement fut constaté, sur la base des règles de la preuve⁶².

Pour TPG (opérateur postal), les Pays-Bas estimaient que l'action spécifique qui leur était accordée garantissait la fourniture du service postal universel. Plus particulièrement, cette action aurait pour objectif de protéger la solvabilité et la continuité de l'entreprise, seule capable d'assurer les prestations relevant du service universel organisé par la loi sur le territoire national.

L'argument fut rejeté par la Cour. Pour celle-ci, les droits spéciaux conférés à l'Etat néerlandais n'étaient pas limités, dans la réglementation néerlandaise, aux activités consistant, pour TPG, à fournir le service postal universel. Ces droits sont donc définis de manière trop large pour être admis comme tels au regard du droit communautaire. Par ailleurs, la Cour relève qu'aucun critère précis n'est inséré dans la réglementation néerlandaise pour déterminer comment les droits liés aux actions privilégiées doivent être exercés en liaison avec le service universel. Du reste, l'Etat néerlandais n'est pas contraint, par ladite réglementation, de motiver ses actions au regard de ces objectifs.

10

Protection des consommateurs

A. Publicité trompeuse/comparative

Dans le cadre de la protection des consommateurs, la Communauté européenne avait adopté

en 1984, la directive 84/450 relative à la publicité trompeuse. La directive 97/55, adoptée en 1997, a modifié la directive sur la publicité trompeuse de manière à autoriser la publicité comparative sous certaines conditions⁶³.

Le 19 septembre 2006, la Cour a rendu un arrêt interprétant à la fois la directive 84/450 en matière de publicité trompeuse et la directive 97/55 en matière de publicité comparative⁶⁴. Le litige opposait deux grandes surfaces, en Belgique. La société Lidl Belgium reprochait à la société Colruyt de ne pas avoir respecté les conditions imposées par les directives communautaires pour qu'une publicité comparative soit licite. En réponse à une série de questions préjudicielles posées par le tribunal de commerce de Bruxelles, la Cour a donné des précisions intéressantes pour l'interprétation des directives.

Ainsi, la condition de licéité de la publicité comparative posée par l'article 3bis, § 1, b, de la directive 84/450/CEE du Conseil, ne s'oppose pas à ce qu'une publicité comparative porte collectivement sur des assortiments de produits de consommation courante commercialisés par deux chaînes de grands magasins concurrents pour autant que lesdits assortiments soient constitués de part et d'autre, de produits individuels qui, envisagés par paires, satisfont individuellement à l'exigence de comparabilité posée par la directive. L'article 3bis, § 1^{er}, c, de la même directive doit être interprété en ce sens que l'exigence de comparaison objective des caractéristiques des biens en cause n'implique pas que les produits et prix comparés fassent l'objet d'une énumération expresse et exhaustive dans le message publicitaire. Au sens de la même disposition, constituent des caractéristiques vérifiables des biens commercialisés par les deux chaînes concurrentes : les prix desdits biens et le niveau général des prix respectivement pratiqués par les deux chaînes en ce qui concerne leur assortiment de produits comparables et le montant des économies susceptibles d'être réalisées par les consommateurs pour autant que les biens en question fassent effectivement partie de l'assortiment de produits comparables sur la base desquels ledit niveau général des prix a été déterminé.

Pour que les caractéristiques des biens commercialisés soient bien « vérifiables », l'annonceur doit indiquer, notamment à l'intention des destinataires du message publicitaire, où et comment ceux-ci peuvent prendre aisément connaissance des éléments de comparaison aux fins d'en vérifier ou, s'ils ne disposent pas de la compétence requise à cette fin, d'en faire vérifier l'exactitude ainsi que celle de la caractéristique vérifiée.

Quant à l'article 3bis, § 1^{er}, a, de la même directive, il doit être interprété comme suit. Une publicité comparative vantant le niveau général des prix plus bas de l'annonceur par rapport à ses principaux concurrents, alors que la comparaison apportée sur un échantillon de produits, peut revêtir un caractère trompeur lorsque le message publicitaire :

(63) Ces deux directives ont maintenant été codifiées par une directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006, J.O.U.E. L 376 du 22 décembre 2006, p. 21.

(64) C.J.C.E., 19 septembre 2006, C-356/04, Lidl Belgium, Rec., I, p. 8501.

(56) Arrêt de la C.J.C.E., du 5 juillet 2007, Ntiolik e.a., aff. C-430/05.

(57) Directive 2001/34/CE du Parlement et du Conseil, du 28 mai 2001, concernant l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle et l'information à publier sur ces valeurs (J.O. L 184, p. 1).

(58) En l'absence d'harmonisation sur le sujet, les Etats membres restent compétents pour choisir, en cette matière, les sanctions qui leur semblent appropriées. Pour l'obligation de fournir des informations adéquates et réelles, un système de sanctions instauré au niveau national à l'égard des personnes mentionnées dans le prospectus et des membres de son conseil d'administration, indépendamment du point de savoir si ces derniers ont été désignés comme responsables dans ce prospectus, ne va pas à l'encontre de la directive s'il est proportionné.

(59) Arrêt de la C.J.C.E., du 28 septembre 2006, Commission c. Pays-Bas, aff. C-282/04 et C-283/04.

— ne fait pas apparaître que la comparaison n'a porté que sur un échantillon et non pas sur l'ensemble des produits de l'annonceur;

— n'identifie pas les éléments de la comparaison et n'indique pas aux destinataires du message publicitaire la source d'information auprès de laquelle une telle identification est accessible, ou, comporte une référence collective à une fourchette d'économie pouvant être réalisée par le consommateur qui effectue ses achats auprès de l'annonceur plutôt qu'auprès de ses concurrents, sans individualiser le niveau général des prix pratiqués respectivement par chacun desdits concurrents et le montant des économies susceptible d'être réalisé par le consommateur s'il effectue ses achats auprès de l'annonceur plutôt que de chacun de ses concurrents.

Dans un second arrêt, la Cour a répondu à des questions posées dans le cadre d'un litige en cessation d'une pratique contraire aux usages honnêtes en matière commerciale pendant devant le président du tribunal de commerce de Bruxelles. La Cour a précisé que, lorsqu'un message publicitaire se réfère à certains produits, sans toutefois indiquer le nom de l'entreprise concurrente ou du produit concurrent, la publicité est néanmoins comparative au sens des directives communautaires lorsque le message permet d'identifier l'entreprise ou ses produits. Par cette nouvelle interprétation, la Cour confirme sa jurisprudence constante suivant laquelle le concept de publicité comparative doit recevoir une interprétation extensive, toute référence, même implicite, à un concurrent, à ses produits ou à ses services, étant suffisante pour qu'une publicité puisse être qualifiée de comparative.

Toutefois, la Cour précise pour la première que, pour qu'il y ait publicité comparative, une relation concurrentielle doit exister entre l'annonceur et l'entreprise faisant l'objet du message publicitaire. A cette fin, une série de critères peuvent être utilisés : l'état du marché, les habitudes de consommation et leurs possibilités d'évolution, la partie du territoire communautaire dans laquelle la publicité est diffusée, les caractéristiques particulières du produit que l'annonceur vise à promouvoir et l'image qu'il souhaite en donner⁽⁶⁵⁾.

11

Institutions européennes

A. Compétence d'attribution de la Communauté

Dans le célèbre arrêt *Tabac*⁽⁶⁶⁾, la Cour avait annulé une directive interdisant la publicité et le parrainage en faveur des produits du tabac. La Cour avait sanctionné le non-respect par le législateur communautaire de sa compétence d'attribution telle qu'elle lui est conférée par

l'article 5 CE. La Cour avait déclaré que l'article 95 CE, base juridique choisie en l'espèce, ne donnait pas au législateur communautaire une compétence générale pour réglementer le marché intérieur mais devait avoir effectivement pour objet l'amélioration des conditions de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur. En l'espèce, la Cour avait constaté que les mesures nationales que la directive avait pour objet de rapprocher étaient inspirées par des objectifs de santé publique alors même que l'article 152, § 4, CE exclut toute harmonisation des dispositions nationales visant à protéger la santé humaine.

Le législateur communautaire a tiré la leçon de l'arrêt d'annulation et a rédigé une nouvelle directive sur la publicité et le parrainage en faveur des produits du tabac, rédigée de manière à tenir compte des objections formulées. L'Allemagne a alors introduit un nouveau recours qui a, cette fois, été rejeté. La Cour a considéré que l'intervention du législateur communautaire était justifiée non seulement par des disparités entre les réglementations nationales en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac, mais aussi par les risques réels d'entrave et de distortion de concurrence. La nouvelle directive, directive 2003/33/CEE⁽⁶⁷⁾, pouvait dès lors être adoptée sur la base de l'article 95 CE⁽⁶⁸⁾.

B. Bruxelles : taxation d'immeubles loués par les institutions européennes

Une affaire plus pratique : comment amener les Communautés européennes à financer une partie des investissements publics en Belgique, investissements dont elles bénéficient en tant qu'utilisateurs?

En l'occurrence⁽⁶⁹⁾, la Communauté avait conclu avec un bailleur commercial une convention concernant la location d'un immeuble situé à Bruxelles. Cette convention stipulait que les impôts et taxes de toutes natures seraient supportés par le preneur. Il en serait autrement, prévoyait la convention, dans un cas seulement : si le preneur obtenait des autorités publiques compétentes une exonération dans le chef du bailleur.

De son côté, la Région de Bruxelles-Capitale avait imposé une taxe à charge des occupants d'immeubles bâtis et de titulaires de droits réels sur certains immeubles.

En application de l'instrument introduisant cette taxe, la Région demanda le paiement de la taxe au bailleur commercial. Celui-ci demanda alors à la Commission de payer ces sommes. La Commission s'y refusant, l'affaire fut portée devant le juge de paix (premier canton d'Ixelles). Celui-ci condamna la Commission à payer au bailleur les sommes dues. La Commission interjeta appel. Ce dernier fut rejeté par le tribunal de première instance (Bruxel-

les). La Commission se pourvut alors en cassation. Devant la Cour de cassation, elle demanda qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour des Communautés européennes sur le problème à traiter. Mais sa demande fut rejetée. L'arrêt rendu en cassation lui étant défavorable, la Commission introduisit, contre la Belgique, un recours en manquement, devant la Cour des Communautés européennes.

Pour la Commission, l'application, à elle-même, de la taxe régionale, portait atteinte à l'immunité fiscale reconnue aux Communautés européennes. Dans son arrêt, la Cour des Communautés européennes confirme, bien sûr, l'existence de cette immunité. Toutefois, estime la juridiction, la disposition pertinente⁽⁷⁰⁾ ne porte pas atteinte à la possibilité, pour le bailleur commercial, de reporter sur la Communauté et ses institutions, le poids de taxes mises à sa charge. La répercussion, en effet, a été opérée au moyen d'une clause contractuelle. Pour la Cour, l'application de cette clause n'a pas pour effet d'imposer une taxe aux Communautés. Elle implique seulement la mise à charge, par une partie, à son cocontractant, d'un montant spécifique, déterminé à l'aide de la formule permettant de calculer la taxe à payer par ce cocontractant.

Du reste, ajoute la Cour, la finalité de l'immunité fiscale octroyée à la Communauté européenne n'est pas d'accorder un avantage financier aux Communautés. L'obligation de payer une somme n'est donc pas suffisante pour conclure à la violation d'une immunité. Au contraire, cette finalité est, selon la Cour, de garantir l'indépendance des Communautés, et d'assurer leur bon fonctionnement. Pour la Cour, ni l'une, ni l'autre, ne sont mis en cause par l'application de la clause...⁽⁷¹⁾.

L. DEFALQUE
Avocat
Professeur à l'U.L.B.
Paul NIHOUL
Professeur à l'U.C.L.

(65) C.J.C.E., 19 avril 2007, *De Landtsheer*, C-381/05, non encore publié.

(66) C.J.C.E., 5 octobre 2000, C-376/98, *Allemagne c. Parlement européen et Conseil*, Rec., I, p. 8419.

(67) Directive 2003/33/CE du Parlement européen et du Conseil concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac, J.O. L 152, p. 16.

(68) C.J.C.E., 12 décembre 2006, *Allemagne c. Parlement européen et Conseil*, C-380/03, Rec., I, p. 11573.

(69) Arrêt de la C.J.C.E., du 22 mars 2007, *Commission c. Belgique*, aff. C-437/04.

(70) Article 3, 1, du protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes.

(71) Peu nombreux sont les Belges qui mettront en cause, sur le fond, l'attitude adoptée dans cette affaire par la juridiction européenne. La plupart penseront sans doute qu'« il était temps » : il était temps de voir les Communautés, leurs institutions et leurs membres contribuer aux dépenses et aux investissements qui sont réalisés en Région bruxelloise. Il n'en reste pas moins que, sur le plan technique, le caractère « orthodoxe » de l'arrêt est plus douteux. Ainsi : on connaît le principe fiscal de « réalité ». En application de ce principe, la détermination du régime fiscal applicable à une opération dépend de sa nature économique et non de sa forme. En l'occurrence, il semble aux auteurs de la présente chronique que, sur le plan économique, l'application de la clause concernée aboutit bien à faire supporter le poids de la taxe par la Communauté européenne...