



Journal des tribunaux

8 novembre 2003
122^e année - N° 6113

Bureau de dépôt : Charleroi X
Hebdomadaire, sauf juillet/août

Editeurs : LARCIER, rue des Minimes, 39 - 1000 BRUXELLES

Edmond Picard (1881-1900) - Léon Hennebicq (1901-1940) - Charles Van Reepinghen (1944-1966) - Jean Dal (1966-1981)

35 ISSN 0021-812X

CHRONIQUE SEMESTRIELLE DE DROIT COMMUNAUTAIRE (1^{er} janvier 2003 - 31 juillet 2003)

A nouveau, la période couverte par la présente chronique s'est révélée pleine d'enseignements sur l'importance du droit européen dans notre pratique quotidienne. Elle montre combien le droit européen est devenu un instrument essentiel dans l'arsenal dont disposent les praticiens. Parmi les décisions recensées, on relèvera un arrêt important sur les mesures à prendre par les Etats membres pour assurer la circulation des marchandises sur leur territoire lorsque cette circulation est entravée par des particuliers (blocage de routes). Mentionnons aussi un arrêt précisant à quelles conditions les rémunérations gagnées par certains dirigeants peuvent être publiées sans enfreindre la protection due à la vie privée, plusieurs arrêts intéressants concernant l'égalité entre les hommes et les femmes, et quelques décisions concernant le régime fiscal applicable à diverses opérations concernant de manière particulière les professions libérales... (1).

MARCHÉ INTÉRIEUR ET ENTRAVES CAUSÉES PAR DES PARTICULIERS

Conformément aux dispositions du Traité C.E., l'action de la Communauté européenne comporte la réalisation d'un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. Dans la période sous recension, la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après « Cour ») a prononcé un arrêt particulièrement intéressant sur l'hypothèse où un Etat membre ne prend pas les mesures nécessaires pour faire face à des obstacles à la libre circulation des marchandises causés par des particuliers. Dans un précédent arrêt, la Cour avait considéré qu'un Etat membre doit prendre les mesures nécessaires pour faire face à de tels obstacles. En l'espèce, il s'agissait d'actions violentes commises par les agriculteurs français qui avaient empêché, notamment en les détruisant, l'importation de produits agricoles en provenance d'autres Etats membres, en particulier l'Espagne

(C.J.C.E., 9 déc. 1997, *Commission c. France*, C-265/95, *Rec.*, I, p. 6959).

Le nouvel arrêt concernait un rassemblement organisé par une association tyrolienne pour protéger des espaces vitaux dans la région des Alpes. Cette manifestation avait entraîné la fermeture à toute circulation sur l'autoroute du Brenner pendant 24 heures. Pour la Cour, le fait que les autorités compétentes d'un Etat membre n'aient pas interdit un rassemblement ayant entraîné le blocage complet, pendant près de 30 heures sans interruption, d'une voie de communication importante, telle que l'autoroute du Brenner, est de nature à restreindre le commerce intracommunautaire de marchandises. L'absence d'une réaction de la part de l'Etat membre doit dès lors être considérée comme une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives, en principe incompatible avec les obligations du droit communautaire (art. 28 et 30 du Traité C.E., combinés avec l'article 10 de celui-ci).

Sur ce point, la Cour confirme donc sa jurisprudence. Elle complète toutefois son analyse. Pour la Cour, une exception peut être admise si, et dans la mesure où, l'absence de mesures prises par l'Etat membre peut être objectivement justifiée. Dans ce cadre, la Cour examine les justifications invoquées par les autorités autrichiennes. En l'espèce, ces justifications étaient fondées sur des considérations liées au respect des droits fondamentaux des manifestants (liberté d'expression et liberté de réunion, qui sont consacrées et ga-

(1) Les arrêts recensés ne sont pas encore publiés au *Recueil des arrêts de la Cour et du Tribunal*. Ils sont publiés, pour la plupart, par extraits, au *Journal des tribunaux* — *Droit européen (J.T.D.E.)*, également édité par Larcier.

S O M M A I R E

- Chronique semestrielle de droit communautaire (1^{er} janvier 2003 - 31 juillet 2003), par L. Defalque et P. Nihoul 737
- I. Conseil d'Etat - Compétence - Notion d'autorité administrative - Universités libres - II. Autorités administratives - Contrôle de l'excès de pouvoir par le Conseil d'Etat et par les tribunaux - Différences - Discrimination (Cour d'arbitrage, 9 avril 2003) 745
- Cour d'assises - Suspicion légitime - Récusation (Cass., 2^e ch., 29 octobre 2003) 746
- Délit politique - Article 150 de la Constitution - Parti politique - Compétence de la cour d'assises (Bruxelles, 13^e ch., 26 février 2003, observations de S. van Drooghenbroeck et F. Tulkens) 747
- Délai pour conclure - Dépôt au greffe - Différent du délai de communication (Cass., 1^{re} ch., 23 mars 2001) 750
- Délai pour conclure - Dépôt au greffe - Différent du délai de communication (Liège, 3^e ch., 7 octobre 2002, observations de J.-Fr. van Drooghenbroeck) 751
- Référé - Article 584 du Code judiciaire - Autorité parentale - Enfant mineur - Homosexualité déclarée - Volonté du père de provoquer une réflexion chez l'enfant - Urgence. - Consultation d'un psychologue - Mesure inopportune (Civ. Namur, réf., 9 mai 2003) 754
- Chronique judiciaire :
Les deuils judiciaires - Bibliographie - Actualités du Palais - Echos - Dates retenues.

La rupture du contrat de travail

Chronique de jurisprudence 1996-2001

par Pierre BLONDIAU, Thierry CLAEYS,
Bernard MAINGAIN et Eric CARLIER

Voyez le dépliant au centre de ce journal

ranties par la Convention européenne des droits de l'homme et par la Constitution autrichienne). Pour ce qui concerne l'affaire qu'elle devait trancher, la Cour considère que les autorités nationales disposaient d'un large pouvoir d'appréciation. Ainsi, ces autorités ont raisonnablement pu considérer que l'objectif légitimement poursuivi ne pouvait pas être atteint par des mesures moins restrictives. La Cour arrive à cette conclusion après un long raisonnement fondé sur des éléments factuels permettant de distinguer l'affaire de celle ayant donné lieu à l'arrêt en manquement rappelé ci-dessus (2) (C.J.C.E., 12 juin 2003, C-112/00, *Schmidberger c. République d'Autriche*).

AUTRES AFFAIRES CONCERNANT LE MARCHÉ INTÉRIEUR

Libre circulation des marchandises - Médicaments

Comme on le sait, les médicaments ne peuvent être commercialisés sans une autorisation de mise sur le marché, qui peut être délivrée par les autorités compétentes d'un Etat membre ou par l'agence communautaire compétente. Cette autorisation est octroyée au fabricant ou au distributeur dans l'Union européenne. Elle peut également être octroyée pour des importations parallèles. En vertu du principe de libre circulation, le retrait, à la demande de son titulaire, d'une autorisation de mise sur le marché de référence ne peut légalement impliquer, pour cette seule raison, le retrait de l'autorisation d'importations parallèles accordée pour le médicament en cause. Toutefois, des restrictions aux importations parallèles sont admissibles s'il existe un risque pour la santé des personnes en raison du maintien du médicament sur le marché de l'Etat membre d'importation (C.J.C.E., 8 mai 2003, *Paranova Läkemedel e.a.*, C-15/01, *J.T.D.E.*, 2003, p. 190).

Libre circulation des marchandises - Harmonisation

Les dispositions nationales doivent se conformer aux directives d'harmonisation adoptées par les institutions européennes. Dans les matières ayant fait l'objet d'une harmonisation, les autorités nationales ne peuvent introduire

de nouvelles mesures. Ainsi, n'est pas admissible une procédure d'approbation préalable pour des marchandises satisfaisant aux dispositions des directives d'harmonisation et revêtues du marquage « C.E. ». Par contre, les aspects non harmonisés continuent à être régis par les articles 28 et 30 du Traité C.E. En application de ces dispositions, les produits légalement fabriqués et commercialisés dans un Etat membre doivent pouvoir être commercialisés dans un autre Etat membre sans être soumis à des contrôles supplémentaires. Seules sont acceptées les mesures nationales justifiées par une exception figurant à l'article 30 du Traité C.E. ou par une exigence impérative reconnue par la Cour. La charge de la preuve (justification des contrôles éventuellement introduits, proportionnalité) incombe à l'Etat membre ayant introduit la mesure (voy., pour des systèmes d'alarme, C.J.C.E., 8 mai 2003, *Atrai*, C-14/02, *J.T.D.E.*, 2003, pp. 190 et 191).

Libre circulation des capitaux - Acquisition d'actions

Un régime d'autorisation préalable à la cession d'actions dans des entreprises comportant une participation publique est interdit par l'article 56 du Traité (C.J.C.E., 13 mai 2003, C-98/01, *Commission c. Royaume-Uni et Irlande du Nord* et C-463/00, *Commission c. Espagne*).

Libre prestation des services - Soins de santé

Première affaire. — Nous avons signalé la question délicate de la prise en charge de soins de santé exposés dans un autre Etat membre. Au fil de ses arrêts, la Cour précise les conditions dans lesquelles cette prise en charge peut être réglementée. Ainsi, le droit communautaire ne s'oppose pas à une législation subordonnant la prise en charge de soins hospitaliers dispensés dans un autre Etat membre à l'obtention d'une autorisation préalable délivrée par la caisse d'assurance. Il ne s'oppose pas davantage à une législation soumettant l'octroi de cette autorisation à la condition que le traitement médical de l'assuré l'exige. Pour autant, l'autorisation ne peut être refusée que lorsqu'un traitement similaire peut être obtenu en temps opportun dans un établissement ayant conclu une convention avec ladite caisse (3) (C.J.C.E., 13 mai 2003, *Müller-Fauré*, C-285/99, *J.T.D.E.*, 2003, p. 191).

Seconde affaire. — Une question épineuse concerne les personnes s'établissant dans un autre Etat membre, mais souhaitant revenir dans leur Etat d'origine pour y recevoir divers soins. Le cas n'est pas rare. Nombreuses sont les personnes bénéficiant d'une pension ou d'une rente, qui s'installent dans le Sud de l'Europe pour bénéficier d'un climat favorable. Lorsqu'elles doivent subir une opération,

ou un traitement médical, ces personnes souhaitent souvent revenir dans l'Etat dont elles sont les citoyens (4). Telle était la situation de deux citoyens néerlandais dans l'affaire *van der Duin & van Wegberg*. Ces personnes s'étaient installées, respectivement, en France, et en Espagne. M. van der Duin disposait d'une indemnité d'invalidité tandis que M. van Wegberg bénéficiait d'une pension de vieillesse. Après leur installation, ces personnes durent subir des traitements médicaux. L'un et l'autre décidèrent de se faire soigner dans leur Etat d'origine (Pays-Bas).

Une surprise les attendait. L'installation dans un autre Etat membre avait entraîné une novation dans le régime juridique leur étant applicable. Du fait de cette installation, ces personnes étaient considérées comme titulaires de leur rente et de leur pension au titre de la législation applicable dans l'Etat de la résidence (France, Espagne). Désormais, ces personnes étaient assimilées à des citoyens dans les pays où elles étaient installées. Comme de tels citoyens, ces personnes pouvaient être soignées dans d'autres Etats membres. Pour pouvoir être remboursées, elles devaient toutefois disposer d'une autorisation préalable à délivrer par l'institution située dans l'Etat de la résidence (France, Espagne). Cette autorisation n'ayant pas été délivrée à temps, l'organisme assureur (5) était en droit de refuser le remboursement des soins prodigués dans l'Etat d'origine (Pays-Bas) (C.J.C.E., 3 juill. 2003, *van der Duin & van Wegberg*, C-156/01, publié par extraits au *J.T.D.E.*).

Libre prestation des services - Accès à la profession

Les restrictions discriminatoires à la prestation des services sont interdites par l'article 49 du Traité C.E. C'est notamment le cas pour les obligations de résidence ou de domicile professionnel (C.J.C.E., 13 févr. 2003, *Commission c. Italie*, C-131/01, *J.T.D.E.*, 2003, p. 181; C.J.C.E., 6 mars 2003, C-478/01, *Commission c. Grand-Duché de Luxembourg*).

C'est également le cas pour les restrictions indistinctement applicables aux nationaux et aux étrangers (par exemple, celles qui concernent l'exercice de la profession). Une exception est toutefois admise si ces restrictions sont justifiées par l'intérêt général et proportionnelles à l'objectif poursuivi. C'est ainsi qu'une règle subordonnant l'exercice, même occasionnel, d'une activité d'agent en brevets, à la réussite d'une épreuve d'aptitude nationale justifiée par la protection des destinataires de services n'est pas proportionnelle à cet objectif lorsqu'elle ne distingue pas entre les prestataires dont l'aptitude a été contrôlée dans leur Etat d'origine et les autres. Est également disproportionnée, une obligation de résidence ou de domicile professionnel stable dans l'Etat

(2) La Cour relève notamment que le rassemblement sur l'autoroute du Brenner avait eu lieu à la suite d'une demande d'autorisation présentée sur le fondement du droit national. Elle signale aussi que différentes mesures d'encadrement et d'accompagnement avaient été prises par les autorités compétentes pour limiter les perturbations de la circulation routière, notamment une campagne d'information et la mise en place de divers itinéraires de contournement. La Cour relève enfin qu'il s'agissait d'une action isolée n'ayant pas engendré un climat général d'insécurité ayant eu un effet dissuasif sur les courants d'échanges intracommunautaires dans leur ensemble, contrairement aux troubles graves et répétés à l'ordre public en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt en manquement contre la France.

(3) Le droit communautaire s'oppose à cette même législation en ce qu'elle subordonne la prise en charge de soins non hospitaliers dispensés dans un autre Etat membre à l'obtention d'une autorisation préalable alors que la législation nationale en cause instaure un régime de prestations en nature en vertu duquel les assurés ont droit aux soins eux-mêmes, qui sont dispensés gratuitement.

(4) Quoi de plus normal : ces personnes pourront être visitées par leur famille, restée dans le pays d'origine. Par ailleurs, elles connaissent les institutions de soin dans leur pays d'origine.

(5) Il s'agissait d'un organisme assureur néerlandais. Cet assureur refusait de couvrir des dépenses exposées aux Pays-Bas par des ressortissants néerlandais, au motif que les soins n'avaient pas été autorisés au préalable par l'institution compétente dans l'Etat où résidaient ces Néerlandais (France, Espagne).

d'accueil, dont l'objectif déclaré est d'assurer le bon déroulement de la procédure (C.J.C.E., 13 févr. 2003, *Commission c. Italie*, cité).

Libre prestation des services - Accès à certains monuments publics

Une réglementation nationale qui prévoit des avantages tarifaires discriminatoires pour l'accès aux musées, monuments, galeries, fouilles archéologiques, parcs et jardins classés monuments publics est contraire au principe de la libre prestation des services tout comme au principe de non discrimination figurant à l'article 12 du Traité C.E. En l'espèce, il s'agissait d'une réglementation espagnole prévoyant des tarifs moins élevés en faveur des ressortissants espagnols et des personnes résidant sur le territoire des collectivités gérant l'installation culturelle concernée. Lesdits tarifs étaient accessibles aux personnes âgées. Étaient exclus les touristes ressortissant des autres Etats membres, de même que les non-résidents, même lorsqu'ils satisfaisaient aux mêmes conditions objectives d'âge (C.J.C.E., 16 janv. 2003, *Commission c. Italie*, C-388/01, *J.T.D.E.*, 2003, p. 64).

Les services de transport aérien entre Etats membres ne peuvent pas davantage faire l'objet de restrictions discriminatoires. Ainsi, le droit communautaire s'oppose à ce qu'un Etat membre impose une taxe aéroportuaire plus élevée pour les vols à destination d'autres Etats membres que celle appliquée pour les vols intérieurs, à moins qu'il ne puisse démontrer que cette taxe rémunère des services aéroportuaires nécessaires au traitement des passagers et que le coût desdits services fournis aux passagers à destination des autres Etats membres est supérieur dans la même proportion au coût de ceux nécessaires au traitement des passagers des vols intérieurs (C.J.C.E., 6 févr. 2003, *Stylianakis*, C-92/01, *J.T.D.E.*, 2003, p. 94).

Libre prestation des services - Assurances

Le traitement fiscal des assurances ne peut être discriminatoire. L'article 49 du Traité s'oppose à ce qu'une assurance souscrite auprès d'une compagnie établie dans un autre Etat membre et remplissant toutes les conditions d'une assurance complémentaire de retraite prévues par le droit national, à l'exception de celle d'avoir été souscrite auprès d'un assureur établi sur le territoire national, soit traitée différemment d'un point de vue fiscal avec des effets en matière d'impôts sur le revenu qui peuvent être moins favorables. En l'espèce, la Cour n'admet pas la cohérence fiscale invoquée comme justification et qui avait retenue dans le célèbre arrêt *Bachmann* rendu à propos du système fiscal belge (C.J.C.E., 28 janv. 1992, *Bachmann*, C-204/90, *Rec.*, I, p. 249). Pour la Cour, l'arrêt *Bachmann* reposait sur le constat qu'il existait, en droit belge, un lien direct entre la faculté à déduire des cotisations et le caractère imposables des sommes versées par les assureurs. La perte de recettes qui résulterait de la déduction des cotisations d'assurance était compensée par l'imposition des pensions, rentes ou capitaux dues par les assureurs. Ces caractéristiques n'étaient pas présentes dans l'espèce tranchée (C.J.C.E., 26 juin 2003, *Ramstedt*, C-422/01).

Droit d'établissement - Permis de conduire

Les Pays-Bas requièrent des communautaires s'installant sur leur territoire, qu'ils fassent enregistrer leur permis de conduire aux Pays-Bas. S'ils n'accomplissent pas cette formalité, lesdits communautaires sont passibles d'une amende. Le régime a été condamné par la Cour. Selon le droit communautaire, les Etats membres doivent reconnaître les permis émis dans les autres pays de l'Union. Aux termes de la jurisprudence, cette reconnaissance doit se faire sans formalité (C.J.C.E., 10 juill. 2003, *Commission c. Pays-Bas*, C-246/00, à paraître dans le *J.T.D.E.*).

3 VIE PRIVÉE

De nombreux ordres juridiques contraignent des institutions publiques, et parfois même des entreprises privées, à rendre publiques les rémunérations qu'elles versent à certaines catégories de leur personnel, particulièrement les cadres dirigeants. En assurant la clarté des rémunérations, on espère inciter les institutions, et les entreprises, à modérer la hausse des rémunérations. Dans une affaire concernant des institutions publiques autrichiennes, la question a été posée de savoir si, et dans quelle mesure, une telle transparence est compatible avec la protection due à la vie privée. Dans cette affaire, la Cour adopta une attitude circonspecte. D'un côté, elle reconnaît l'importance d'une certaine transparence dans les rémunérations. De l'autre, elle qualifie d'«ingérence» dans la vie privée l'obligation de publier ces données. Un équilibre est recherché entre ces deux impératifs dans le cadre du principe de proportionnalité. Sur ce point, la Cour renvoie l'appréciation aux juridictions nationales. Les considérations formulées par la Cour permettent de penser que, selon elle, la communication des rémunérations doit être limitée aux assemblées parlementaires ou autres institutions publiques dont la tâche est de veiller à l'intérêt général. La Cour voit en revanche d'un œil moins favorable les mesures attirant l'attention du grand public sur les rémunérations (C.J.C.E., 20 mai 2003, *Rechnungshof*, aff. jtes C-465/00, C-138/01 et C-139/01, publié par extraits au *J.T.D.E.*).

4 ÉGALITÉ HOMMES - FEMMES

Un Etat membre peut limiter aux hommes le service militaire obligatoire. Une telle limitation a un effet défavorable sur la carrière que peuvent mener les jeunes gens (attente avant d'entrer sur le marché de l'emploi). Il y a donc une différence de traitement fondée sur le sexe. Mais l'organisation des forces armées n'entre pas, sur ce point, dans le champ d'application du droit communautaire. La différence de traitement ne peut donc être sanctionnée sur la base de ce dernier (C.J.C.E.,

11 mars 2003, *Dory*, C-186/01, publié par extraits au *J.T.D.E.*).

Les Etats membres ne peuvent limiter, dans les faits, l'accès au travail à temps partiel, lorsque les demandes en ce sens sont effectuées majoritairement par des femmes. L'affaire concernait une règle en vigueur en Allemagne. Dans ce pays, tous les travailleurs, quel que soit leur sexe, ont le droit d'opter pour un travail à temps partiel. Après un certain âge (60 ans), le régime financier applicable au temps partiel devient toutefois moins avantageux. Dans son arrêt, la Cour constate, en se basant sur des données fournies par la juridiction ayant formé le renvoi préjudiciel, que ce type de mesure concerne principalement, dans les faits, les femmes. La règle est déclarée incompatible avec le droit communautaire, en l'absence d'une justification permettant de considérer que la limite d'âge a été fixée en dehors de toute considération liée au sexe des travailleurs (C.J.C.E., 20 mars 2003, *Kutz-Bauer*, C-187/00, publié par extraits au *J.T.D.E.*).

Aucune mesure défavorable aux femmes ne peut être prise, si une telle mesure est liée à une grossesse. En l'occurrence, une infirmière se trouvait en congé parental après une première naissance. Ledit congé devait durer, d'après la législation applicable (Allemagne), trois ans. Au cours dudit congé, la travailleuse se trouve à nouveau enceinte. Elle remarque que les indemnités versées au titre de la maternité sont moins élevées lorsque le congé de maternité survient alors que la travailleuse se trouve en congé parental. Elle décide dès lors de reprendre une activité professionnelle. Alors qu'elle est enceinte de sept mois, elle est réintégrée par son employeur qui lui ouvre une place dans un service. Le lendemain de la prise de fonction, elle annonce la grossesse. Peu satisfait, l'employeur conteste, pour dol et erreur sur une qualité essentielle, le consentement donné par l'infirmière à sa réintégration. La Cour donnera raison à la travailleuse. Aucune contrainte ne pèse sur une travailleuse de déclarer son état de grossesse, même si l'absence d'information à ce sujet implique, à terme, une certaine désorganisation dans le service, ou le paiement d'indemnités plus élevées de la part de l'employeur ou encore si l'état de grossesse, dont l'employeur n'était pas au courant, interdisait de confier à la travailleuse des tâches pour lesquelles elle avait pourtant été engagée (C.J.C.E., 27 févr. 2003, *Busch*, C-320/01, publié par extraits au *J.T.D.E.*).

5 FISCALITÉ

Fiscalité directe et libre prestation de services

Durant la période couverte, la Cour a tranché une affaire concernant la déductibilité de cotisations payées par une entreprise pour le compte de ses salariés. En l'occurrence, la réglementation nationale ne permettait pas la déduction au motif que les cotisations étaient payées à une société d'assurance établie dans un autre Etat membre. Le régime était moins favorable que

2003

739

celui prévu pour les cotisations payées à des sociétés nationales d'assurance (C.J.C.E., 26 juin 2003, *Ola Ramstedt*, C-422/01, publié par extraits au *J.T.D.E.*). Voy. ci-dessus, dans la rubrique concernant le marché intérieur.

Fiscalité indirecte - Leasing et qualification fiscale de certaines opérations

Durant la période sous examen, les juridictions communautaires ont tranchés quelques affaires intéressantes de manière particulière les professions libérales. Dans l'une de ces affaires, une société (« donneur en leasing ») fournissait en leasing, à des clients (« preneurs en leasing »), des véhicules automobiles. Outre l'opération de leasing, elles proposait à ces clients un contrat pour la gestion du carburant. Dans le cadre de ce contrat, le client pouvait ravitailler le véhicule en utilisant une carte portant le nom du donneur en leasing. Le carburant était ainsi acheté au nom et pour le compte du donneur en leasing. Il était ultérieurement remboursé par le client, qui versait aussi au donneur en leasing une rémunération pour ce service.

La question était de déterminer le statut fiscal de l'opération. Pour la Cour, il y a, tout d'abord, une livraison de carburant, au preneur en leasing, par les sociétés pétrolières fournissant le carburant. L'achat au nom et pour le compte du donneur en leasing n'implique pas que le carburant est livré au donneur. C'est le preneur, en effet, qui détermine l'usage à donner au carburant et qui, partant, se voit livrer ce dernier. Ensuite, les relations entre le donneur et le preneur en leasing peuvent être analysés, en ce qui concerne le contrat de gestion, comme un crédit. Le donneur en leasing avance des fonds pour l'achat de carburant, ces fonds étant ensuite remboursés par le preneur moyennant le paiement d'une commission (C.J.C.E., 6 févr. 2003, *Auto Lease Holland*, C-185/01, publié par extraits au *J.T.D.E.*).

Réduction consentie par le fabricant - Base imposable pour l'application de la t.v.a.

De nombreux articles sont payés par les clients, souvent des consommateurs, sous une forme mixte. Le client paie une somme au comptant, en utilisant une carte de paiement, ou encore une carte de crédit. A ce paiement s'ajoute un bon de réduction que le client remet au commerçant. Souvent, le bon est émis par le fabricant qui demande au commerçant d'accepter la réduction en organisant un système de compensation avec ce dernier (6). La question est de savoir comment traiter le bon de réduction au regard de la t.v.a. Pour la Cour, les bons constituent un moyen de paiement. Il doivent donc être intégrés dans la somme perçue par le commerçant, pour le calcul de la t.v.a. (7) (C.J.C.E., 16 janv. 2003, *Yorkshire Co-operative*, C-398/99, publié par extraits au *J.T.D.E.*).

(6) Ex. : pour un achat de 100, un client paie la somme de 95 et remet un bon de 5 émis par le fabricant.

(7) La solution est logique : le commerçant reçoit 100 % de la somme, une partie étant payée directement par le client et l'autre par le fabricant (dans le cadre d'une compensation).

Réduction consentie par le commerçant - Base imposable pour l'application de la t.v.a.

Le corollaire est de déterminer comment doit être traitée une réduction fournie par le commerçant. Un agent vendait des voyages organisés par une société commerciale. Sur ces voyages, il proposait une réduction tarifaire. La réduction était financée par une renonciation à une partie de la commission versée par l'organisateur (8). La Cour adopte une attitude analogue à celle examinée ci-dessus. Dans les relations entre l'agence et l'organisateur, il faut prendre en compte, au titre de la base de t.v.a. imposable, le prix entier demandé par l'organisateur, en intégrant dans ce prix la réduction offerte par l'agence au client (C.J.C.E., 19 juin 2003, *First Choice Holidays*, C-149/01, publié par extraits au *J.T.D.E.*).

6 CONCURRENCE

Un rôle accru pour les praticiens

Une partie importante des règles concernant la concurrence sont interprétées, et appliquées par les institutions européennes. On sait que des changements entreront bientôt en vigueur, dans l'application des règles de la concurrence. Ces règles seront appliquées, en vertu des nouvelles règles, de manière croissante, par les autorités et les juridictions nationales. Pour les praticiens généralistes, le changement est important. Alors que la concurrence et le droit européen, étaient, dans une certaine mesure, réservés jusqu'ici à des spécialistes, les généralistes du droit voient tomber dans leur escarcelle une partie importante du contentieux de la concurrence. Ces praticiens ne pourront toutefois se limiter aux autorités et aux juridictions nationales, pour ce qui concerne l'information dont ils disposent sur le droit de la concurrence. Lesdites autorités et juridictions devront, en effet, respecter l'interprétation donnée aux règles de la concurrence par les institutions européennes.

Examen des concentrations par les autorités nationales

Une difficulté, dans le nouveau système, est le partage des compétences entre les instances nationales et la Commission européenne. Des règles spécifiques existent sur ce point en droit communautaire, pour le contrôle des concentrations (9). En application du règle-

(8) Sur un voyage coûtant 100, une commission de 10 était prévue. Dans ses relations avec les clients, l'agent demandait le paiement de 95. Il payait ces 95 à l'organisateur, en ajoutant 5 de son propre budget. Ultérieurement, il recevait 10 de l'organisateur de voyages au titre de la commission.

(9) Règlement (C.E.E.) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *J.O.*, n° L 395, 30 déc. 1989, pp. 0001-0012, amendé.

ment sur les concentrations, le contrôle appartient à la Commission de manière exclusive lorsque les conditions sont remplies pour l'application du règlement (seuils). La Commission peut toutefois renvoyer l'affaire aux autorités nationales, dans certaines hypothèses. Tel est le cas si [i] l'opération menace la concurrence [ii] dans un Etat présentant les caractéristiques d'un marché distinct.

Un problème s'est posé durant la période sous examen pour l'acquisition de Moulinex par la société S.E.B. Les deux entreprises sont établies en France. Moulinex se trouvait en difficulté. On cherchait un acquéreur. Les autorités françaises voulaient privilégier un rachat par une société française. Une telle opération s'intégrait bien dans la politique industrielle que souhaite mener ce pays. En l'espèce, l'acquéreur devait être désigné par un tribunal national. Ce dernier adopta une décision située dans le droit ligne de la politique industrielle française, en choisissant un acquéreur français (S.E.B.).

Les autres candidats acquéreurs avaient le sentiment de n'avoir pas été traités de manière équitable. Ils demandèrent à la Commission de refuser l'opération. La Commission devait en effet se prononcer sur celle-ci, dans le cadre du contrôle européen sur les concentrations. Les candidats malchanceux espéraient que la Commission rejeterait l'opération projetée par la S.E.B., au vu des problèmes sérieux qui résulteraient de cette opération, sur le plan de la concurrence, en France. Les deux entreprises (société acquéreuse et société acquise) sont en effet actives sur des marchés similaires dans ce pays. L'opération conduisait ainsi à la constitution d'une position dominante sur plusieurs marchés français.

Les candidats malchanceux ne purent toutefois obtenir gain de cause. L'opération fut autorisée, sur la base du règlement relatif aux concentrations, par la Commission européenne, moyennant engagements pris par l'acquéreur, pour ce qui concerne les autres pays que la France. L'affaire fut renvoyée, par la Commission, aux autorités françaises, pour décision, en ce qui concerne les effets de l'opération pour la concurrence sur les marchés français, conformément au mécanisme de renvoi présenté ci-dessus. Suite au renvoi, les autorités françaises approuvèrent l'opération, sans imposer aucune condition à la société acquéreuse.

Les candidats malchanceux tentèrent d'obtenir l'annulation de la décision par laquelle la Commission avait décidé de renvoyer une partie de l'affaire devant les autorités nationales. Ils espéraient qu'une évaluation plus sévère soit adoptée si l'ensemble de l'opération était examiné par la Commission. Le recours fut toutefois rejeté par le Tribunal de première instance des Communautés européennes (« Tribunal »). Pour le Tribunal, le contrôle opéré par les juridictions communautaires sur les décisions de renvoi (concentrations) doit être limité à la vérification des conditions prévues par le règlement communautaire. En l'occurrence, les conditions étaient remplies. [i] La concurrence était en effet menacée par l'opération sur le territoire français de manière particulière. [ii] Par ailleurs, la situation spécifique des deux entreprises concernées, sur le marché français, permettait de considérer ce dernier

comme un marché distinct (10) (T.P.I., 3 avril 2003, *Royal Philips e.a. c. Commission*, T-112/02, publié par extraits au *J.T.D.E.*).

Détermination de l'amende

Prise en compte d'une autre sanction. — Une partie substantielle du contentieux relatif à la concurrence concerne la détermination de l'amende, lorsqu'une infraction a été établie. Dans une première affaire, l'entreprise condamnée voulait qu'on prenne en compte, pour le calcul de l'amende européenne, le montant déjà imposé à titre de sanction par les autorités de la concurrence aux Etats-Unis. Cette demande est rejetée par le Tribunal. Le principe *non bis in idem* implique qu'un sujet de droit ne puisse être sanctionné plus d'une fois pour les mêmes faits. Rien ne s'oppose toutefois à ce que deux ordres juridiques punissent les mêmes faits — et que ces faits soient donc sanctionnés deux fois. Le droit communautaire prévoit un allègement de la sanction, à titre d'équité, lorsque la double sanction provient de l'application des règles européennes, et nationales, de la concurrence. Cet allègement s'impose en raison de la cohérence qui existe entre les systèmes nationaux, et le système européen, de la concurrence. Une telle cohérence faisant défaut lorsqu'il s'agit du droit de la concurrence d'un Etat tiers, le même allègement ne peut être retenu pour l'application des règles de la concurrence par la Communauté et par un Etat tiers (T.P.I., 9 juill. 2003, *Kyowa c. Commission*, T-223/00, publié par extraits au *J.T.D.E.*).

Importance du chiffre d'affaires. — Dans une seconde affaire, un problème consistait à déterminer l'importance du chiffre d'affaires dans la détermination de l'amende. On sait que la Commission européenne peut décider d'imposer une amende allant jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé par une entreprise. L'incidence de telles amendes est considérable. Aussi pouvait-on s'attendre à ce que cette conception soit critiquée par des entreprises

auxquelles la Commission voulait imposer de telles sanctions.

Le calcul des amendes est déterminé en fonction de lignes directrices (11) publiées par la Commission. La Commission est liée par ce document, qui annonce comment elle réagira en cas d'infraction. Selon les lignes directrices, la Commission prend comme point de départ un montant déterminé en fonction de la gravité de l'infraction. Il faut aussi prendre en compte la capacité des entreprises à causer un dommage important aux autres opérateurs. Il faut également fixer l'amende à un niveau qui assure un caractère suffisamment dissuasif. Les lignes directrices ne prévoient pas que le montant des amendes peut être calculé en fonction du chiffre d'affaires global ou du chiffre d'affaires réalisé par les entreprises sur le marché concerné. Rien n'empêche toutefois de prendre ces montants en compte si, et dans la mesure où, ils fournissent des indications pour apprécier les éléments mentionnés ci-dessus.

Dans l'affaire soumise à l'examen, la Commission avait accordé une importance excessive au chiffre d'affaires global réalisé par l'entreprise. Or, ce montant ne permettait pas d'apprécier la gravité de l'infraction sur le marché concerné. Il ne fournissait pas une indication pertinente sur l'ampleur des dégâts causés par le comportement anticoncurrentiel. Le Tribunal conclut : « le chiffre d'affaires global ne présente qu'une vue inexacte des choses ». « Il ne saurait être exclu qu'une entreprise puissante ayant une multitude d'activités différentes ne soit présente que de manière accessoire sur un marché de produits spécifique ». « De même, il ne saurait être exclu qu'une entreprise ayant une position importante sur un marché géographique extra-communautaire ne dispose que d'une position faible sur le marché communautaire ou de l'E.E.E. ». « Dans de tels cas, le seul fait que l'entreprise concernée réalise un chiffre d'affaires total important ne signifie pas nécessairement qu'elle exerce une influence déterminante sur le marché affecté par l'infraction » (T.P.I., 9 juill. 2003, *Daesang e.a. c. Commission*, T-230/00, publié par extraits au *J.T.D.E.*) (12).

ENTREPRISES PUBLIQUES

Une importante source de litiges

Les règles applicables aux entreprises publiques continuent à susciter des controverses. Rappelons qu'un vaste mouvement de privatisation, et de libéralisation, traverse l'Union européenne. Dans cette période de transition, nombreuses sont les incertitudes concernant les règles applicables aux entreprises publiques ou leur interprétation. Cette incertitude suscite un vaste contentieux, dont les praticiens ne peuvent se désintéresser.

(11) Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15, § 2, du règlement n° 17 et de l'article 65, § 5 du Traité C.E.C.A., *J.O.*, C 9, 14 janv. 1998.

(12) Les extraits sont issus du point 50 de l'arrêt.

Soins de santé et concurrence

Une question désormais classique est de déterminer si des organismes fournissant une assurance « soins de santé » doivent être considérés comme des entreprises soumises au droit de la concurrence. Les juridictions européennes semblent laisser aux Etats membres le soin d'organiser ces assurances comme ils l'entendent. Cela implique la possibilité, pour ces Etats, de maintenir une organisation monopolistique, ou quasi monopolistique (plusieurs entreprises, désignées par la loi), sur les marchés concernés. Telle est la situation, en tout cas, pour les assurances « de base ». Les assurances « complémentaires », quant à elles, doivent être soumises à la concurrence. Cette tendance a été confirmée, de manière inattendue, dans une affaire concernant des organismes fournissant des soins de santé en Espagne. Ces organismes payaient leurs fournisseurs avec, en moyenne, un an de retard. Lesdits fournisseurs estimaient que la pratique devait être analysée comme un abus de position dominante (art. 82, C.E.). Ils avaient sans doute raison de qualifier ainsi la pratique. Toutefois, pour le Tribunal, organismes ne peuvent être considérés comme des entreprises, ce qui exclut l'application des règles de la concurrence (13) (T.P.I., 4 mars 2003, *F.E.N.I.N.*, T-319/99, publié par extraits au *J.T.D.E.*).

Service universel

En application du droit communautaire, certaines entreprises publiques peuvent fournir des prestations à des conditions dérogatoires. Ces prestations font partie de ce qui est appelé « service universel ». Il s'agit de prestations qui ne seraient pas fournies spontanément par des firmes privées. Pour assurer la fourniture de ces prestations, l'autorité peut désigner une entreprise (si possible, dans le cadre d'une procédure concurrentielle). A cette entreprise, l'autorité peut accorder un subside. Cette possibilité est strictement réglementée, l'objectif étant d'éviter que le subside soit utilisé pour financer d'autres activités (soumises, celles-là, à la concurrence).

Assistance fournie à une filiale

Une difficulté surgit lorsqu'une entreprise chargée du service universel utilise des actifs acquis dans le cadre de ce service universel pour fournir une assistance à une filiale opérant dans un autre secteur économique. La question a été posée, dans la période sous exa-

(13) Au vu de la jurisprudence antérieure, des organismes fournissant une assurance « soins de santé » peuvent disposer de droits exclusifs (monopoles) lorsque les soins font partie des prestations considérées comme fondamentales dans les Etats concernés. Selon la jurisprudence, de tels organismes échappent au droit de la concurrence. Mais faut-il accepter que lesdits organismes se comportent en dehors de toute civilité commerciale? Les dérogations aux règles de la concurrence sont accordées dans un but déterminé (régime spécial pour la fourniture de services aux clients en monopole). Ce but ne permet pas, selon nous, auxdits organismes d'échapper aux règles de la concurrence dans les relations avec les fournisseurs.

(10) Dans son arrêt, le Tribunal met implicitement en exergue la faiblesse du mécanisme de renvoi. Dans l'affaire examinée, les autorités françaises de la concurrence risquaient d'adopter une décision motivée par une politique industrielle nationale (préférence donnée à un candidat acquéreur national). Les candidats malchanceux tentent d'éviter une telle issue, en s'adressant à une autorité européenne sur la base du droit communautaire. Mais cette voie leur est refusée. Le Tribunal relève que les candidats malchanceux avaient bien raison de craindre un traitement préférentiel donné aux candidats nationaux. Il relève que l'opération a été approuvée par les autorités nationales sans aucune condition sur un marché où la concurrence risquait pourtant d'être affaiblie de manière considérable. De manière contrastée, des conditions sévères avaient été imposées par la Commission pour les autres marchés où le risque était plus limité. Mais, dit le Tribunal, la validité de la décision de renvoi prise par la Commission doit être appréciée au moment où cette décision a été prise. A ce moment, suggère le Tribunal, la Commission ne savait pas encore que les autorités françaises de la concurrence approuveraient l'opération sans condition. Elle pouvait raisonnablement croire que les autorités françaises traiteraient l'affaire de manière satisfaisante (voy. l'arrêt, pts 345 à 348). Pour le reste, il n'appartient pas à une juridiction de remédier aux lacunes du renvoi (pt 356)...

men, pour La Poste (France). La Poste avait chargé une filiale de s'occuper du courrier express. Jusqu'en 1995, cette filiale disposait d'un accès exclusif au réseau constitué par La Poste pour la fourniture de ses autres prestations (en ce compris les prestations relevant du service universel). Des concurrents estimaient que, présente sur un marché soumis à la concurrence, ladite filiale disposait ainsi d'une assistance logistique et commerciale. Selon eux, cette assistance devait être analysée comme une aide d'Etat, puisqu'elle consistait en un avantage matériel fourni à une entreprise par une entité ayant un caractère étatique. Pour la Cour, on ne peut conclure à l'existence d'une aide d'Etat que si le montant acquitté par la filiale pour accéder au réseau est inférieur au coût marginal encouru par La Poste pour fournir une assistance à sa filiale (14) (C.J.C.E., 3 juill. 2003, *Chronopost e.a. c. Union française de l'express*, aff. jtes C-83/01P, C-93/01 P et C-94/01 P, publié par extraits au J.T.D.E.).

Télécommunications

Une affaire concerne des licences octroyées pour la fourniture de services mobiles de télécommunications (GSM). Des licences avaient été fournies à plusieurs entreprises dans une première bande de fréquences (GSM 900). Parmi ces entreprises figurait l'ancien opérateur national. Une seconde bande de fréquences avait été ouverte (DCS 1800) pour fournir le même service. Pour développer la concurrence, il était prévu que seuls pourraient accéder à cette seconde bande des opérateurs n'ayant pas encore été servis jusqu'alors. Une licence a ainsi été octroyée à un nouvel opérateur dans le cadre de cette seconde bande.

Quelle ne fut pas la surprise de ce nouvel opérateur, lorsqu'il apprit qu'une licence pour une seconde bande avait été également décernée à l'ancien opérateur national. La décision d'octroyer cette licence avait été prise à la suite de la saturation de la première bande. Etant

donné la saturation, l'ancien opérateur national ne pouvait plus accepter de nouveaux clients. L'extension à la seconde bande devait rendre possible cette extension. Chose étonnante, cette licence pour une seconde bande avait été décernée sans paiement supplémentaire de la part de l'ancien opérateur national.

Pour la Cour, le droit communautaire est violé si l'ancien opérateur national a été favorisé (art. 82 et 86, C.E., combinés). La difficulté est de vérifier si un traitement de faveur a été accordé. L'examen relève de la juridiction nationale. Cette dernière doit vérifier si le prix payé pour la licence GSM 900, avec extension vers la licence DCS 1800, correspond en substance au prix payé par le nouvel opérateur pour obtenir la licence dans la bande DCS 1800. Pour la Cour, il est légitime, dans son principe, d'autoriser une extension via une seconde bande dès lors que la première est saturée (C.J.C.E., 22 mai 2003, *Connect Austria*, C-462/99, publié par extraits au J.T.D.E.).

Plaintes auprès de la Commission

Le Tribunal rappelle que la Commission peut adopter des décisions, ou d'autres actes, mettant fin à des situations où des privilèges sont accordés à des entreprises publiques, ou des entreprises disposant de droits spéciaux ou exclusifs (art. 86, § 3, C.E.). Des plaintes peuvent être adressées à la Commission par des concurrents ou des usagers qui s'estimeraient lésés à la suite de l'existence de tels privilèges. En application de la jurisprudence, la Commission n'est pas tenue, toutefois, d'enquêter, ni même de poursuivre le comportement. Sauf circonstances exceptionnelles, elle dispose d'un vaste pouvoir d'appréciation. Les juridictions communautaires doivent se limiter à vérifier le respect, par la Commission, de son devoir d'examen diligent et impartial de la plainte (T.P.I., 17 juin 2003, *Coe c. Commission*, T-52/00, publié par extraits au J.T.D.E.).

sion ne puisse recouvrer les sommes auxquelles elle pensait avoir droit (C.J.C.E., 10 juill. 2003, *Commission c. Conseil des communes et régions d'Europe*, C-87/01, publié par extraits au J.T.D.E.).

Une fraude a contraint la Commission précédente à démissionner, ouvrant la voie à R. Prodi pour la constitution d'une nouvelle équipe. Les fraudes n'ont pas seulement des conséquences institutionnelles. Souvent, elles impliquent des procédures où interviennent des praticiens. Dans la période sous examen, la Cour a affirmé la compétence de l'Office européen de lutte antifraude (O.L.A.F.) pour enquêter sur les comportements adoptés au sein de la Banque centrale européenne (B.C.E.), et au sein de la Banque européenne d'investissement. Ces institutions mettaient en avant leur statut particulier pour revendiquer un droit à pratiquer leurs propres enquêtes sans être soumises à l'O.L.A.F. L'argument de l'indépendance, avancé par ces deux institutions, a été rejeté (C.J.C.E., 10 juill. 2003, *Commission c. Banque centrale européenne*, C-11/00 et *Commission c. Banque européenne d'investissement*, C-15/00, toutes deux publiées par extraits au J.T.D.E.).



Recours auprès d'une entité indépendante

Une affaire concernait le secteur des télécommunications. En application de directives communautaires, les entreprises doivent disposer d'un droit de recours, devant une entité indépendante, contre les décisions prises par l'autorité nationale compétente en matière de régulation pour ce secteur. Une telle possibilité faisait défaut en Autriche. Saisie d'un renvoi préjudiciel, la Cour donne instruction à la juridiction administrative nationale de droit commun (le Verwaltungsgerichtshof) (15) d'écarter une disposition législative nationale prévoyant que cette juridiction n'est pas compétente pour connaître des recours formés contre les décisions prises par cette autorité (C.J.C.E., 22 mai 2003, *Connect Austria*, C-462/99, publié par extraits au J.T.D.E.).

Recours de la Communauté dans un Etat tiers

Une décision prise par la Communauté européenne d'introduire une action civile dans un Etat tiers est-elle un acte susceptible de faire l'objet d'un recours devant une juridiction communautaire? La question a été posée dans un recours formé par des fabricants de tabac contre la Communauté européenne, laquelle avait saisi une juridiction américaine d'une action visant à lutter contre l'introduction de cigarettes en contrebande sur le territoire communautaire. L'action de la Communauté visait à obtenir le recouvrement des droits de douane, et des montants t.v.a. esquivés par les

(15) Cette juridiction était l'auteur du renvoi préjudiciel.

(14) L'arrêt met fin à une procédure ayant duré de nombreuses années. Dans la même affaire, la question avait donné lieu à un premier arrêt préjudiciel rendu par la Cour en 1996. Aux termes de cet arrêt, « [l]a fourniture d'une assistance logistique et commerciale par une entreprise publique à ses filiales de droit privé exerçant une activité ouverte à la libre concurrence est susceptible de constituer une aide d'Etat au sens de l'article 92 du Traité C.E. si la rémunération perçue en contrepartie est inférieure à celle qui aurait été réclamée dans des conditions normales de marché » (voy., C.J.C.E., 11 juill. 1996, *S.F.E.I. e.a.*, C-39/94, *Rec.*, p. I-3547). Sur la base de cet arrêt, une décision fut adoptée par la Commission. Cette décision conclut à l'absence d'aide dans le chef de la filiale. Un recours a alors été introduit par divers concurrents à l'encontre de cette décision. Le recours a été formé devant le Tribunal, qui a annulé la décision rendue par la Commission. Pour le Tribunal, la Commission ne pouvait se contenter d'examiner les coûts encourus par La Poste pour fournir une assistance à sa filiale et demander à cette dernière le remboursement de ces coûts. Comme La Poste disposait en effet d'un statut particulier, il se pouvait que ces coûts soient inférieurs à ceux qu'aurait exposés une entreprise privée. Pour évaluer l'existence d'un transfert éventuel, il fallait comparer la situation de La Poste avec celle d'une entreprise privée.

INSTITUTION EUROPÉENNES

De nombreuses entreprises concluent des contrats avec la Commission européenne. Une question est de savoir si, et dans quelle mesure, la Commission peut effectuer une compensation entre des sommes dues dans le cadre de tels contrats. Dans une affaire soumise à la Cour, la Commission estimait qu'un contrat avait été mal exécuté. Elle demandait le remboursement de certains montants. Cette demande était rejetée par l'autre partie. D'initiative, la Commission voulait opérer une compensation avec des sommes dues à la même partie dans le cadre d'un autre contrat. Pour la Cour, la question doit être tranchée par la loi applicable au contrat (en l'occurrence, le droit belge, qui est souvent désigné comme droit applicable dans les contrats conclus avec les institutions européennes). En vertu de ce droit, l'une des conditions ne se trouvait pas remplie. La compensation ne pouvait donc avoir lieu, même si cela impliquait le risque que la Commis-

entreprises soupçonnées. Le recours des fabricants de tabac fut rejeté par le Tribunal. Pour ce dernier, l'engagement d'une action judiciaire ne peut faire l'objet d'un recours en annulation. La décision rendue par la juridiction au terme d'une telle action judiciaire peut être contestée, en justice, en utilisant les voies de recours prévues à cet effet dans l'ordre juridique compétent (en l'occurrence les États-Unis) (C.J.C.E., 15 janv. 2003, *Philip Morris e.a.*, T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01, T272/01, publié par extraits au *J.T.D.E.*).

10 DROIT DES MARQUES

Législation

Comme nous l'avions déjà indiqué, le titulaire d'une marque peut protéger son droit à la marque soit par un dépôt de marque communautaire, soit par un dépôt de marque nationale (16). La directive 89/104 du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques réalise une harmonisation partielle des législations nationales en matière de marques et définit l'étendue du droit exclusif du titulaire de la marque. L'article 5, § 1^{er}, de la directive énonce que la marque enregistrée confère à son titulaire un droit exclusif et que le titulaire est habilité à interdire à tout tiers, en l'absence de son consentement, de faire usage, dans la vie des affaires : a) d'un signe identique à la marque pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels celle-ci est enregistrée; b) d'un signe pour lequel, en raison de son identité ou de sa similitude avec la marque, et en raison de l'identité ou de la similitude des produits ou des services couverts par la marque et le signe, il existe, dans l'esprit du public, un risque de confusion qui comprend le risque d'association entre le signe et la marque.

Au-delà de cette protection octroyée au titulaire de la marque pour les produits ou services identiques ou similaires, l'article 5, § 2, de la directive permet d'accorder aux marques renommées une protection renforcée si l'usage du signe sans juste motif tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porte préjudice. L'article 4, §§ 1^{er} et 4 de la directive prévoit quant à lui qu'une marque peut être refusée à l'enregistrement ou déclarée nulle si la marque est enregistrée pour des produits ou services identiques ou similaires ou encore si une marque antérieure jouit d'une renommée.

Risque de confusion

La Cour a eu l'occasion de répondre à des questions préjudicielles à propos de la marque Davidoff enregistrée pour des articles cosmétiques masculins, du cognac, des cravates, des

montures de lunettes, des cigares, des cigarrillos et des cigarettes, ainsi que leurs accessoires, des pipes et du tabac ainsi que leurs accessoires et des produits en cuir. Le titulaire de la marque Davidoff demandait l'annulation de la marque Durfee, enregistrée en Allemagne postérieurement à la marque Davidoff pour des métaux précieux ainsi que des produits fabriqués en métaux précieux, à savoir des objets artisanaux ou décoratifs, des services de table, des cendriers, des étuis à cigares et à cigarettes, des porte-cigares et porte-cigarettes, des objets de bijouterie et d'orfèvrerie, des montres et des instruments de mesure du temps. Davidoff considérait qu'il existait un risque de confusion entre les deux marques et que le titulaire de la marque Durfee se serait intentionnellement inspiré de la marque Davidoff afin de tirer profit de sa haute valeur de prestige et d'utiliser sa force publicitaire pour les produits qu'il commercialise. L'utilisation de la marque Durfee porterait atteinte à la bonne réputation de la marque Davidoff dans la mesure où le public n'associerait pas le territoire chinois (lieu du siège du titulaire de la marque Durfee) à des produits de qualité.

La Cour a confirmé que l'article 5, § 2, de la directive permet d'accorder une protection renforcée aux marques de renommée lorsque l'usage du signe, sans juste motif, tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porte préjudice. Il s'agit d'une protection spécifique contre des atteintes au caractère distinctif ou à la renommée des marques concernées.

La question était de savoir si l'article 5, § 2, en tant qu'il ne vise expressément que l'usage d'un signe pour des produits ou des services non similaires, faisait obstacle à l'application de cette disposition en cas d'usage du signe pour des produits ou des services identiques ou similaires. A cet égard, la Cour relève que l'article 5, § 2, ne saurait être interprétée comme octroyant une protection des marques renommées moindre en cas d'usage d'un signe pour des produits ou des services identiques ou similaires, qu'en cas d'usage d'un signe pour des produits ou des services non similaires. Il en est d'autant plus ainsi que l'application de l'article 5, § 1^{er}, de la directive dépend de l'existence d'un risque de confusion. Dans des circonstances qui excluraient un risque de confusion, l'article 5, § 1^{er}, b, de la directive ne pourrait pas être invoqué par le titulaire d'une marque renommée pour se protéger contre une atteinte au caractère distinctif ou à la renommée de celle-ci et il est donc légitime qu'il puisse se fonder sur l'article 5, § 2, de la directive (C.J.C.E., 9 janv. 2003, *Davidoff c. Gokid*, C-292/00, *Rec.*, I, p. 410; *J.T.D.E.*, 2003, p. 64).

Symbole officiel de l'euro

Le même article 5, § 1^{er}, de la directive, qui a pour objet de permettre au titulaire de la marque de s'opposer à l'utilisation par un tiers, dans la vie des affaires, d'un signe identique pour des produits ou des services identiques ou similaires, était au centre des débats dans une affaire opposant le groupe Thomas Cook à la Commission européenne au motif qu'en approuvant le symbole officiel de l'euro, la Commission avait porté atteinte aux droits de la marque ISL. La marque figurative ISL était

représentée par un C traversé par deux barres parallèles légèrement incurvées, très semblable au symbole officiel de l'euro. Pour rejeter l'action du groupe Thomas Cook, le Tribunal de première instance constate que la Commission n'a pas fait usage du symbole officiel de l'euro dans la vie des affaires et que Thomas Cook n'apporte pas la preuve d'un risque de confusion, l'article 5, § 1^{er}, n'ayant vocation à s'appliquer qu'en raison de l'identité ou de la similitude des marques et des services ou des produits (T.P.I., 10 avril 2003, *Travellex Global and Financial Services*, T 195/00).

L'article 12, § 1^{er}, de la directive 89/104 prévoit quant à lui que le titulaire d'une marque peut être déchu de ses droits si, pendant une période ininterrompue de 5 ans, la marque n'a pas fait l'objet d'un usage sérieux dans l'Etat membre concerné pour les produits ou les services pour lesquels elle est enregistrée et qu'il n'existe pas de justes motifs pour le non-usage. Cette disposition a été interprétée par la Cour dans un litige opposant une société Ansul, titulaire de la marque verbale Minimax, enregistrée auprès du bureau Benelux des marques pour des extincteurs et des produits connexes à la société allemande Minimax, titulaire depuis plus de 50 ans de la marque Minimax, enregistrée pour divers produits, en particulier des extincteurs et les services liés à l'installation, la réparation, l'entretien et le remplissage des extincteurs. Depuis le 2 mai 1989, Ansul ne commercialisait plus d'extincteurs sous la marque Minimax tout en ayant continué à vendre des pièces détachées et des substances extinctrices pour des extincteurs de cette marque. En 1994, Minimax Allemagne a commencé à utiliser la marque Minimax dans le Benelux, utilisation à laquelle Ansul s'est opposée. Interprétant l'article 12, § 1^{er}, la Cour a considéré qu'une marque fait l'objet d'un usage sérieux lorsqu'elle est utilisée, conformément à sa fonction essentielle, qui est de garantir l'identité d'origine des produits ou des services pour lesquels elle a été enregistrée, aux fins de créer ou de conserver un débouché pour ses produits et services, à l'exclusion d'usage du caractère symbolique ayant pour seul objet le maintien des droits conférés par la marque. L'appréciation du caractère sérieux de l'usage de la marque doit reposer sur un ensemble de faits et de circonstances propres à établir la réalité de l'exploitation commerciale de celle-ci, en particulier les usages considérés comme justifiés dans le secteur économique concerné pour maintenir ou créer des parts de marché au profit des produits ou des services protégés par la marque, la nature de ces produits ou de ces services, les caractéristiques du marché, l'étendue et la fréquence de l'usage de la marque. La circonstance que l'usage de la marque ne concerne pas des produits nouvellement offerts sur le marché mais des produits déjà commercialisés n'est pas de nature à priver cet usage de son caractère sérieux, si la même marque est effectivement utilisée par son titulaire pour des pièces détachées entrant dans la composition ou la structure de ses produits ou pour des produits ou des services qui se rapportent directement aux produits déjà commercialisés et qui visent à satisfaire les besoins de la clientèle de ceux-ci (C.J.C.E., 11 mars 2003, *Ansul*, C-40/01).

(16) Voy. la chronique semestrielle de droit communautaire (1^{er} juill. 2002 - 31 déc. 2002), *J.T.D.E.*, 2003, p. 263.

Epuisement communautaire

La règle de l'épuisement communautaire consacrée par les articles 5 et 7 de la directive a donné lieu à un nouvel arrêt de la Cour. Une société américaine, titulaire d'une marque nominative et figurative pour des vêtements commercialisés dans le monde entier, vendait ses produits en Europe par le biais d'un distributeur exclusif par Etat membre. Elle s'opposait aux activités d'un importateur parallèle allemand en invoquant le fait que les marchandises avaient été commercialisées aux Etats-Unis, soit en dehors du territoire de l'E.E.E., et qu'il n'y avait donc pas épuisement du droit de marque. En effet, la mise sur le marché en dehors de l'E.E.E. n'épuise pas le droit du titulaire de la marque et celui-ci peut contrôler la première mise dans le commerce dans l'E.E.E. des produits revêtus de sa marque (voy. par ex., C.J.C.E., 20 nov. 2001, *Davidoff et Levi Strauss*, C-414 à 416/99, *Rec.*, I, p. 8691).

Dans son arrêt, la Cour rappelle que l'harmonisation est complète sur les points faisant l'objet de la directive et elle confirme que le droit exclusif du titulaire de la marque ne s'éteint que lorsque la marchandise a été mise dans le commerce dans l'E.E.E. par le titulaire ou avec son consentement. La charge de la preuve pèse sur le tiers poursuivi par le titulaire de la marque. Toutefois, la Cour considère que la règle doit être aménagée s'il apparaît qu'elle est de nature à cloisonner les marchés nationaux, ce qui peut être le cas lorsque le titulaire de la marque commercialise ses produits au moyen d'un système de distribution exclusive. Dès lors, si le tiers démontre l'existence d'un risque réel de cloisonnement des marchés nationaux, il y a renversement de la charge de la preuve et le titulaire de la marque devra établir que les produits ont été mis dans le commerce en dehors de l'E.E.E. Le tiers poursuivi pourra alors démontrer que le titulaire avait donné son consentement à la mise dans le commerce subséquente des marchandises dans l'E.E.E. Il résulte de cette nouvelle jurisprudence que les fabricants de marchandises qui choisissent un système de distribution exclusive par Etat membre, dans l'E.E.E., auront beaucoup de difficulté à protéger leur droit exclusif à la marque (C.J.C.E., 8 avril 2003, *Van Doren*, C-244/00).

Une couleur

Depuis l'entrée en vigueur du règlement n° 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire, la marque peut faire l'objet d'un dépôt auprès de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur à Alicante et elle sortira alors ses effets dans l'ensemble du territoire de l'Union européenne. L'une des conditions juridiques les plus débattues dans ce cadre est le caractère distinctif que doit présenter la marque. La Cour a eu l'occasion de se prononcer à propos d'une couleur en tant que marque. Une couleur en elle-même, sans délimitation dans l'espace, est susceptible de présenter, pour certains produits et services, un caractère distinctif au sens du droit communautaire en matière de marque, à condition, notamment, qu'elle puisse faire l'objet d'une représentation graphique qui soit claire, précise, complète par elle-même,

facilement accessible, intelligible, durable et objective. Cette dernière condition ne peut pas être satisfaite par la simple reproduction sur papier de la couleur en question mais peut l'être par la désignation de cette couleur par un code d'identification internationalement reconnu. Pour apprécier le caractère distinctif qu'une couleur déterminée peut présenter en tant que marque, il faut tenir compte de l'intérêt général à ne pas restreindre indûment la disponibilité des couleurs pour les autres opérateurs offrant des produits ou des services du type de ceux pour lesquels l'enregistrement est demandé. Le fait que l'enregistrement en tant que marque, d'une couleur en elle-même, soit demandé pour un nombre important de produits ou de services, ou bien qu'il le soit pour un produit ou un service spécifique, est pertinent, ensemble avec les autres circonstances du cas d'espèce, tant pour apprécier le caractère distinctif de la couleur dont l'enregistrement est demandé que pour apprécier si son enregistrement contreviendrait à l'intérêt général à ne pas restreindre indûment la disponibilité des couleurs pour les autres opérateurs offrant des produits ou des services du type de ceux pour lesquels l'enregistrement est demandé. (C.J.C.E., 6 mai 2003, *Libertel Groep*, C-104/01, *J.T.D.E.*, 2003, p. 191).

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ARTISTIQUE

Le droit d'auteur a également fait l'objet d'une harmonisation partielle en droit communautaire. C'est notamment le cas du droit de location et de prêt et de certains droits voisins du droit d'auteur, harmonisés par la directive 92/100 du 19 novembre 1992. L'article 8, § 2, de cette directive impose aux Etats membres de prévoir une rémunération équitable et unique à verser par l'utilisateur lorsque qu'un phonogramme publié à des fins de commerce, ou une reproduction de ce phonogramme, est utilisé pour une radiodiffusion par le moyen des ondes radioélectriques ou pour une communication quelconque au public, cette rémunération devant être partagée entre les artistes-interprètes ou exécutants et producteurs de phonogrammes concernés. La Cour suprême des Pays-Bas a posé à la Cour une question préjudicielle sur la notion de rémunération équitable visée dans cette disposition. Dans un premier temps, et selon une jurisprudence constante, la Cour a répondu que la notion de rémunération équitable en matière de droit d'auteur et de droits voisins devait être interprétée d'une manière uniforme dans tous les Etats membres. Ensuite, elle a considéré que chaque Etat devait déterminer, sur son territoire, les critères les plus pertinents pour assurer, dans les limites imposées par le droit communautaire, le respect de cette notion communautaire. Le droit communautaire ne s'oppose pas à un modèle de calcul de la rémunération équitable des artistes-interprètes ou exécutants et producteurs de phonogrammes comportant des facteurs variables et fixes, dès lors que ce modèle est de nature à permettre d'atteindre un équilibre adéquat entre l'intérêt des artistes-interprètes ou exécutants et des producteurs à percevoir une ré-

munération au titre de la radiodiffusion d'un phonogramme déterminé et l'intérêt des tiers à pouvoir radiodiffuser ce phonogramme dans des conditions raisonnables (C.J.C.E., 6 févr. 2003, *Stichting ter exploitatie van naburige rechten*, C-245/00, *J.T.D.E.*, 2003, p. 94).

LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS

Publicité comparative

Depuis la directive 97/55/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/C.E. du Conseil du 10 septembre 1984 relative à la publicité trompeuse, la publicité comparative est devenue licite dans les Etats membres de l'Union européenne moyennant le respect des conditions posées par le texte. A l'occasion d'un litige opposant deux sociétés autrichiennes, fabricantes de produits optiques, la Cour a interprété l'article 3bis, § 1^{er}, de la directive 84/450 prévoyant que la publicité comparative est licite si elle n'est pas trompeuse et la combinaison de cette disposition avec l'article 7, §§ 1^{er} et 2 de cette même directive. Selon cet article 7, la directive ne fait pas obstacle au maintien ou à l'adoption par les Etats membres de dispositions visant à assurer, en matière de publicité trompeuse, une protection plus étendue des consommateurs, des personnes qui exercent une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ainsi que du public en général, cette disposition n'étant pas applicable à la publicité comparative pour autant que la comparaison est concernée.

En l'espèce, la société Tippig, fabricante de produits optiques, reprochait à la société Hartlaur, également fabricante de produits optiques, l'usage abusif de la publicité comparative. Cette dernière, spécialisée dans les produits optiques « bas de gamme » distribuait des publicités comparatives entre les prix pratiqués par Tippig pour des lunettes d'une marque connue équipées de verres d'une marque connue (la marque Zeiss) et des lunettes du même modèle équipées de verres d'une autre marque, peu connue. La même publicité avait été diffusée sur certaines chaînes de télévision sans pourtant que la différence de marques entre les verres ne soit mentionnée.

Répondant aux différentes questions préjudicielles posées par la juridiction autrichienne, la Cour a interprété la directive de la manière la plus favorable possible au développement de la publicité comparative, la seule limite étant la publicité véritablement trompeuse. S'agissant en l'espèce du caractère trompeur qui résulterait de l'absence d'indication de la marque de verres dans les lunettes comparées, la Cour rappelle que l'indication de la marque d'un concurrent dans le cadre d'une publicité comparative n'est pas obligatoire. Toutefois, elle relève que le fait de ne pas avoir indiqué la marque concurrente est susceptible de rendre le message publicitaire trompeur dans la mesure où la marque peut conditionner de façon sensible le choix de l'acheteur. Ainsi, le silence de l'annonceur à propos de la marque la plus renommée pourrait être constitutif de publicité

comparative trompeuse contraire aux prescriptions de l'article 3bis, § 1^{er}, de la directive 84/450. Dans son appréciation, conformément à une jurisprudence constante, la juridiction de renvoi devra se fonder sur l'attente présumée d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé. Par contre, la comparaison des prix procède de la nature même de la publicité comparative et ne peut pas être considérée comme entraînant le discrédit ou le dénigrement d'un concurrent.

Il serait particulièrement intéressant, en l'espèce, de connaître la décision du juge de renvoi puisqu'on peut raisonnablement considérer que l'absence d'indication, dans la publicité comparative, des marques des verres optiques des lunettes comparées alors qu'une des marques est extrêmement renommée et l'autre pas, est de nature à induire en erreur le consommateur (C.J.C.E., 8 avril 2003, *Tippig Augenoptik*, C-44/01).

Etiquetage des denrées alimentaires

La protection des consommateurs en matière de denrées alimentaires est un objectif important de santé publique. L'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires destinées au consommateur final ainsi que la publicité faite à leur égard ont fait l'objet d'une directive 79/112/C.E. du Conseil du 18 décembre 1978 modifiée à plusieurs reprises avant d'être codifiée et abrogée par la directive 2000/13 du 20 mars 2000. Pour la Cour, ce texte ne s'oppose pas à une réglementation nationale prévoyant, lorsque le délai de durabilité minimal d'une denrée alimentaire a expiré, que ce fait doit être indiqué de manière apparente et intelligible pour tous, par une mention spécifique. Une telle règle constitue une disposition nationale non harmonisée, justifiée au titre de la répression des tromperies (C.J.C.E., 13 mars 2003, *Müller*, C229/01, *J.T.D.E.*, 2003, p. 128).

Politique alimentaire

Un éleveur britannique avait expédié des moutons en Italie à l'attention d'un négociant en bétail situé dans ce dernier pays. Il avait demandé, et joint à la cargaison, des certificats destinés à l'engraissement des animaux. La transaction avait toutefois été réalisée afin d'abattre les animaux, sans engraissement. L'importation requerrait donc un certificat en vue de l'abattage, et non de l'engraissement. Les autorités italiennes refusèrent l'importation, en raison de l'erreur commise dans les certificats. L'attitude de ces autorités est condamnée par la Cour. Pour celle-ci, l'intitulé du certificat importe peu. Seules sont pertinentes les mentions et les informations figurant dans les documents d'expédition. En exigeant, de manière tatillonne, le certificat adéquat, sans avoir égard aux informations fournies dans le document accompagnant les animaux, les autorités italiennes ont introduit une restriction inacceptable dans les échanges intracommunautaires (*Lennox*, 3 juill. 2003, C-220/01, publié par extraits au *J.T.D.E.*).

Lucette DEFALQUE
et Paul NIHOUL

I. CONSEIL D'ÉTAT. —
Compétence. — Notion d'autorité administrative. — Universités libres. —
II. AUTORITÉS ADMINISTRATIVES. —
Contrôle de l'excès de pouvoir par le
Conseil d'Etat et par les tribunaux. —
Différences. — Discrimination.

Cour d'arbitrage, 9 avril 2003

Siég. : MM. Melchior (prés.), Arts, François, Martens, Henneuse, Bossuyt, De Groot, Lavrysen, Alen, Snappe, Moerman et Derycke.

(Arrêt n° 41/2003).

La commission de délivrance des attestations pour les études de science dentaire, instituée en application du décret de la Communauté française du 5 septembre 1994 au sein d'une université libre, peut être considérée comme une autorité administrative, dont les avis qu'elle donne et les attestations qui les constatent sont obligatoires pour les intéressés et lient les tiers. Un recours en excès de pouvoir est dès lors ouvert devant le Conseil d'Etat contre de tels avis.

En juger autrement reviendrait à traiter différemment et sans justification valable les étudiants des universités libres par rapport à ceux des universités de la Communauté française. Il est vrai que les étudiants d'une université libre peuvent s'adresser aux tribunaux de l'ordre judiciaire qui se sont parfois reconnus compétents pour exercer un contrôle de légalité sur des décisions prises par des autorités instituées dans des établissements de l'enseignement libre. Toutefois, de telles actions ne bénéficient pas d'une instruction inquisitoire et elles aboutissent à des décisions qui, à la différence des arrêts du Conseil d'Etat, n'ont qu'une autorité relative de chose jugée.

IV. — En droit.

B.1. — Le Conseil d'Etat demande à la Cour si l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat viole les articles 10, 11 et 24 de la Constitution dans la mesure où il « est interprété comme excluant de la notion d'autorité administrative et donc de la compétence du Conseil d'Etat les décisions des commissions de délivrance des attestations pour les études de science dentaire constituées au sein des établissements d'enseignement libre en appli-

cation de l'article 11, § 7, du décret du 5 septembre 1994 relatif au régime des études universitaires et des grades académiques ».

B.2.1. — L'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat dispose :

« § 1^{er}. La section statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements des diverses autorités administratives, ainsi que contre les actes administratifs des assemblées législatives ou de leurs organes, en ce compris les médiateurs institués auprès de ces assemblées, de la Cour des comptes et de la Cour d'arbitrage, ainsi que des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la justice relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel.

» § 2. La section statue par voie d'arrêts sur les recours en cassation formés contre les décisions contentieuses rendues en dernier ressort par les juridictions administratives pour contravention à la loi ou pour violation des formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité. Dans ce cas, elle ne connaît pas du fond des affaires.

» § 3. Lorsqu'une autorité administrative est tenue de statuer et qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois prenant cours à la mise en demeure de statuer qui lui est notifiée par un intéressé, il n'est pas intervenu de décision, le silence de l'autorité est réputé constituer une décision de rejet susceptible de recours. Cette disposition ne préjudicie pas aux dispositions spéciales qui établissent un délai différent ou qui attachent des effets différents au silence de l'autorité administrative ».

B.2.2. — L'article 11, § 7, du décret de la Communauté française du 5 septembre 1994 relatif au régime des études universitaires et des grades académiques, inséré par l'article 16, § 2, du décret-programme du 24 juillet 1997, dispose :

« § 7. Ont seuls accès aux études de deuxième cycle en vue de l'obtention du grade académique de licencié en science dentaire, les titulaires du grade académique de candidat en science dentaire qui ont obtenu à l'issue du premier cycle une attestation faisant état de l'avis favorable d'une commission constituée à cette fin dans chacune des institutions universitaires organisant des études dans le domaine de la science dentaire.

» Cette disposition ne s'applique pas aux étudiants ayant réussi une année d'études de premier cycle en dentisterie avant l'année académique 1997-1998 ».

B.3.1. — La commission de délivrance des attestations pour les études de science dentaire, dont une décision est entreprise devant le Conseil d'Etat, est un organe créé en application de l'article 11, § 7, précité, du décret du 5 septembre 1994.

Selon cette disposition, une telle commission est instituée dans chacune des universités organisant des études de science dentaire.