



Journal des tribunaux

28 septembre 2002

121^e année - N° 6065

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)

29 ISSN 0021-812X

CHRONIQUE DE DROIT COMMUNAUTAIRE (1)

La présente chronique vise à informer les lecteurs sur les développements intervenus à Luxembourg, à la Cour de justice (2) et au Tribunal de première instance des Communautés européennes (3). L'idée est simple : le droit européen affecte tant d'aspects de notre pratique, et de notre organisation, qu'il faut y apporter une attention soutenue. Notre intention est de poursuivre le chemin tracé par nos prédécesseurs, que nous remercions ici pour le travail qu'ils ont réalisé. Comme eux, nous nous limiterons aux développements essentiels. La place qui nous est impartie ne permet malheureusement pas d'être exhaustifs, ni de consacrer de longs développements à chaque arrêt. Les lecteurs souhaitant en savoir davantage sont invités à consulter la jurisprudence et la doctrine parues dans d'autres publications, notamment le Journal des tribunaux – Droit européen (J.T.D.E.).

1 ORGANISATION DES PROFESSIONS LIBÉRALES

Notre chronique commence par plusieurs arrêts intéressant les juristes au premier chef. Et pour cause : ces arrêts concernent diverses modalités mises en œuvre par les Etats membres, ou par des associations professionnelles,

(1) La présente livraison couvre les développements intervenus entre le 1^{er} janvier 2001 et le 1^{er} juillet 2002. Les prochaines livraisons porteront de manière systématique sur une période de six mois.

(2) La Cour de justice sera désignée par le terme « Cour » dans le corps du texte et par l'abréviation C.J.C.E. dans les notes.

(3) Le Tribunal sera désigné par le terme « Tribunal » dans le corps du texte et par l'abréviation « T.P.I. » dans les notes.

pour organiser, précisément, la manière d'exercer la profession juridique (4).

Collaboration entre des avocats et d'autres professions

Un arrêt important a été rendu à propos de l'organisation de la profession d'avocat (5). Nous n'allons guère analyser cet arrêt longuement, car il a déjà été examiné de manière approfondie dans une contribution publiée au présent Journal (6). Dans cet arrêt, la Cour, après avoir examiné la question au regard du droit de la concurrence, confirme que le Traité C.E. (art. 43 et 49) ne s'oppose pas à une réglementation de l'Ordre national des avocats des Pays-Bas interdisant toute collaboration intégrée entre ses membres et les experts-comptables (les réviseurs d'entreprises en Belgique). Aux termes de l'arrêt, cette interdiction est justifiée par l'exercice correct de la profession d'avocat. La Cour considère que des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de la justice. Pour elle, ces règles peuvent à la fois échapper à l'article 81, § 1^{er}, C.E., et justifier des restrictions à la libre prestation des services et au droit d'établissement.

Condition de résidence pour les professions libérales

Dans un autre arrêt (7), la Cour confirme que les conditions de résidence sont en principe

(4) La plupart de ces affaires concernent l'application du droit de la concurrence aux associations professionnelles. Les arrêts en matière de concurrence sont commentés chaque année par B. van de Walle de Ghelcke. Pour la dernière chronique, voy. J.T.D.E., 2002, p. 85 (période du 1^{er} janvier 2001 au 31 décembre 2002). Pour une analyse spécifique sur le sujet, voy. la note 6.

(5) C.J.C.E., 19 févr. 2002, *Wouters e.a.*, C-309/99.

(6) Voy. L. Defalque, « L'application des règles de concurrence aux réglementations des ordres professionnels », J.T., 2002, p. 457.

(7) C.J.C.E., 18 janv. 2001, *Commission c. République italienne*, C-162/99, *Rec.*, I, p. 541; J.T.D.E., 2001, p. 129.

SOMMAIRE

- Chronique de droit communautaire, par L. Defalque et P. Nihoul 593
- Permis d'urbanisme annulé par le Conseil d'Etat - Demande de réparation directe - Infraction - Demande de réparation directe - Compétence exclusive du collège des bourgmestre et échevins et du fonctionnaire délégué de la Région (Cass., 2^e ch., 9 janvier 2002, conclusions du ministère public et note) 604
- Pratiques du commerce - Publicité trompeuse (Bruxelles, 2^e ch., 16 mai 2002) 608
- Droits des étrangers - Circulaires administratives (Liège, 1^{re} ch., 7 mai 2002) 609
- Warrant - Obligations de l'émetteur - Warrantage à domicile - Notion (Mons, 14^e ch., 25 octobre 2001) 610
- Bail commercial - Bailleur - Prodigue - Conseil judiciaire - Renouvellement - Demande adressée au seul bailleur - Validité (Civ. Bruxelles, 16^e ch., 20 juin 2002) 611
- Sommaires de jurisprudence 613
- Chronique judiciaire :
La vie du Palais - Coups de règle - Colloques
- Bibliographie - Dates retenues -
Communiqué.

*Une analyse comparative
des législations nationales
dans une perspective
d'harmonisation communautaire*

Les garanties légales du vendeur d'objets mobiliers corporels en droit comparé

par Théophile M. MARGELLOS

Préface de Jean-Luc FAGNART

Voyez le dépliant au centre de ce journal

contraires aux articles 43 et 39 du Traité C.E. Un Etat membre ne peut subordonner l'inscription à l'ordre des membres des professions libérales (en l'espèce les chirurgiens-dentistes) à une obligation de résidence. En outre, il ne peut prévoir la radiation en cas de transfert de la résidence à l'étranger et encore moins autoriser ses seuls ressortissants à échapper à cette radiation.

Code de conduite adopté par une association professionnelle

De longue date, la publicité a suscité des remous au sein des professions libérales. Faut-il permettre aux personnes relevant de ces professions, de « vanter » leurs services auprès d'une clientèle potentielle ? D'un côté, les clients doivent être informés. La publicité peut jouer un rôle en ce sens. De l'autre, certaines pratiques publicitaires peuvent porter atteinte à la profession. Il en est ainsi, notamment, pour la publicité comparative (8).

On sait que le législateur national et européen a longtemps débattu la question. Celle-ci a aussi fait l'objet d'une affaire jugée dans la période sous recension. Cette affaire concernait l'Institut des mandataires agréés. L'association portant ce nom regroupe les mandataires habilités à intervenir devant l'Office européen des brevets. L'Institut a adopté un code de conduite, réagissant le comportement de ses membres. Ce code a été notifié à la Commission, afin que celle-ci puisse examiner la compatibilité avec les règles de la concurrence (art. 81 C.E.).

Dans sa décision (9), la Commission passe en revue les dispositions figurant dans le code. Parmi ces dispositions, certaines ne restreignent pas la concurrence. Ce sont celles, notamment, qui concernent le transfert de dossiers entre membres, la protection du secret professionnel, les mesures visant à éviter les conflits d'intérêt ou encore l'interdiction aux membres de fixer leurs honoraires en fonction du résultat obtenu.

La Commission ne parvient pas à la même conclusion pour une disposition interdisant la publicité comparative, et pour une autre limitant la possibilité pour des membres de proposer leurs services à des clients servis par d'autres membres de la profession. Pour la Commission, « L'offre de services, lorsqu'elle porte sur des informations exactes et précises, et la publicité comparative, lorsqu'elle compare des aspects représentatifs et vérifiables et qu'elle n'est pas trompeuse, sont des moyens d'augmenter l'information des utilisateurs à leur avantage et constituent des éléments importants du processus concurrentiel » (décision, pt 41).

Selon la Commission, ces deux dispositions doivent donc être interdites. « La profession

en cause a une longue tradition d'interdiction quasi absolue de publicité individuelle et d'offre de services non sollicités. Le maintien d'une telle situation ... est ... incompatible avec le système de concurrence effective et non faussée exigé par le Traité » (décision, pt 46). Une dérogation est toutefois accordée à titre transitoire, la Commission se rendant compte que le passage au système concurrentiel implique une adaptation des comportements et, sans doute aussi, des mentalités.

La décision rendue par la Commission a été annulée, pour partie, par le Tribunal, durant la période sous recension (10). Malheureusement, l'arrêt ne contient guère d'attendus permettant de déterminer clairement la position de la juridiction sur le fond. La publicité comparative est abordée par les parties, mais le sujet est évité par le Tribunal. L'interdiction frappant l'offre de services est davantage analysée. Mais, ici encore, le Tribunal ne prend guère position. Il annule la décision au motif que la Commission a mal interprété le code de conduite, mais ne met pas en cause le raisonnement développé par la Commission sur la base des règles de la concurrence (11).

Tarifs et concurrence

Mentionnons dans la même veine un arrêt concernant une injonction de payer des honoraires déterminés. L'arrêt concerne des architectes, mais il n'y a pas de raison d'en limiter l'application à cette profession sans l'étendre à d'autres métiers organisés de manière analogue (notamment les professions juridiques) (12). Aux termes de l'arrêt, les avis rendus par des associations professionnelles en ce qui concerne les tarifs à appliquer par leurs membres ne peuvent pas être tenus pour contraires au droit de la concurrence. En l'occurrence, la législation italienne permettait aux professions libérales d'obtenir, pour leurs prestations non tarifées, une ordonnance d'injonction de payer sur la base d'une note d'honoraires accompagnée d'un avis de l'association professionnelle compétente. Le client d'un architecte invoquait la nullité d'une injonction rendue sur cette base, en faisant valoir que l'avis du conseil de l'Ordre joint à la note d'honoraires constituait une entente (13) portant fixation de prix. Comme

on le sait, de telles pratiques sont interdites par le droit de la concurrence : elles amènent les professionnels à pratiquer des tarifs identiques, ce qui réduit la possibilité pour les clients de choisir un prestataire sur une base tarifaire.

L'argumentation développée par le requérant fut rejetée par la Cour. Pour celle-ci, l'avis rendu par le conseil de l'Ordre n'a pas de force normative. Il n'oblige pas les juridictions éventuellement saisies du litige, à ordonner le paiement de la somme fixée dans l'ordonnance. Ainsi, le débiteur à l'encontre duquel est dirigée l'injonction de payer peut contester cet avis au cours de la procédure juridictionnelle ultérieure. Cette procédure est contradictoire et il n'appartient qu'à lui de l'entamer. L'absence d'effet sur la concurrence résulte également du fait que l'avis rendu par l'association professionnelle se rapporte à des prestations individuelles qui avaient fait l'objet d'une évaluation discrétionnaire par un praticien déterminé.

Soulignons encore l'importance manifeste qu'a eu dans le jugement le fait qu'il se soit agi d'un avis rendu par une organisation professionnelle. Si l'acte avait été une décision, elle aurait sans doute été qualifiée de « décision d'association d'entreprises », et aurait été jugée contraire au droit de la concurrence (art. 81 C.E.).

Activités réservées à certaines professions

Dans un arrêt rendu le 1^{er} février 2001 (14), la Cour a confirmé la faculté d'appréciation des Etats membres dans le choix des mesures nécessaires, proportionnelles et raisonnables, pour atteindre un objectif légitime et plus particulièrement celui qui représente la protection de la santé publique. Le fait qu'un Etat membre impose des règles moins strictes que celles applicables dans un autre Etat membre ne signifie pas en soi que ces dernières sont disproportionnées et, partant, incompatibles avec le droit communautaire. Ainsi, l'article 43 du Traité ne s'oppose pas à ce que, dans le cadre de la correction de déficiences purement optiques de la vision du client, l'examen objectif des celles-ci soit réservé, pour des raisons liées à la protection de la santé publique à une catégorie de professionnels disposant de qualifications médicales spécifiques, à l'exclusion, notamment, des opticiens non-médecins.

VOIES DE RECOURS OUVERTES AUX INDIVIDUS ET AUX ENTREPRISES (15)

Recours ouverts aux particuliers

Deuxième sujet intéressant, sans doute, particulièrement, les juristes : la jurisprudence a failli connaître un revirement important dans sa jurisprudence sur l'accès des particuliers

(8) Peut-on accepter, par exemple, que des avocats comparent leurs prestations dans le cadre de publicités ? L'admettre peut conduire à des règlements de compte par publicités interposées. Comment par ailleurs comparer des prestations ?

(9) Intervenu avant que ne commence la période sous recension : en 1999. Voy. la décision de la Commission, 7 avril 1999, relative à une procédure d'application de l'article 85 du Traité – IV/36147, *J.O.C.E.*, L 106, p. 14.

(10) T.P.I., *Institut des mandataires agréés près l'Office européen des brevets c. Commission*, 28 mars 2001, T-144/99.

(11) Selon le T.P.I., la Commission a mal interprété la disposition figurant dans le code de conduite. Dans l'analyse qu'en donne la juridiction, la disposition querellée n'interdit pas l'offre de services. Ainsi, tout membre de l'association peut accomplir une démarche auprès d'un client servi par un autre membre. Dans le cadre de cette démarche, il peut faire valoir son expérience, ses qualités, sa formation et, comme le relève le T.P.I., « ses coûts ». Il peut même exposer ses vues sur un cas spécifique intéressant le client, si ce dernier le demande (souhait d'obtenir un avis indépendant ou intention de changer de conseiller). Pour le T.P.I., le code de conduite interdit seulement l'échange de vue (i) à l'initiative du mandataire (sans demande du client) (ii) sur un dossier clos, qui avait été traité par un autre membre de l'association. Voy., pts 89 à 100 de l'arrêt.

(12) C.J.C.E., 29 nov. 2001, *Conte*, C-221/99, *J.T.D.E.*, 2001, p. 50.

(13) En termes techniques : « décision d'association d'entreprises ».

(14) C.J.C.E., 1^{er} févr. 2001, *Grandvision Belgium*, C-108/96, *Rec.*, I, p. 837 ; *J.T.D.E.*, 2001, p. 128.

(15) Voy., en octobre de chaque année, la chronique consacrée au contentieux communautaire dans le *J.T.D.E.* par P. van Ypersele.

aux juridictions européennes. Comme on le sait, les particuliers (entreprises, individus) ne peuvent introduire un recours en annulation contre un acte communautaire si ce dernier ne les concerne pas directement et individuellement (16). Cette condition est remplie lorsque l'acte est adressé au particulier (17). Elle l'est aussi lorsque, bien qu'adressé à un tiers (particulier ou autorité), l'acte a une incidence spécifique sur le particulier (18). En revanche, l'accès au prétoire est fermé lorsque le particulier est confronté à un acte communautaire ayant une portée générale (19). On retrouve là un écho des droits administratifs nationaux, qui limitent souvent l'action des particuliers contre les législations ou les réglementations.

La limitation frappant l'accès au prétoire ne signifie pas que les particuliers sont dépourvus de tout recours. Ils peuvent agir contre les actes pris en exécution de l'acte communautaire général de base. A cette occasion, ils peuvent demander que soit examinée, à titre incident, la validité de l'acte communautaire général de base.

— Si l'acte d'exécution est national, un recours peut être introduit devant une juridiction nationale. Le juge national peut demander à la Cour de se prononcer sur la validité de l'acte de base (renvoi préjudiciel en appréciation de validité, art. 234 C.E.).

— Si l'acte d'exécution est communautaire, ladite mesure aura en principe une nature individuelle (20). Le requérant sera, dans ces circonstances, directement et individuellement concerné. Il pourra alors former un recours contre l'acte communautaire d'exécution, en invoquant l'illégalité de l'acte communautaire général de base (exception d'illégalité, art. 241 C.E.) (21).

Cette jurisprudence a suscité des commentaires. Pour certains, l'existence d'une voie de recours est suffisante, même si elle est indi-

recte (renvoi préjudiciel, exception d'illégalité) (22). Pour d'autres, l'absence d'un recours direct prive les particuliers d'un recours effectif : la voie indirecte est plus longue ; par ailleurs il n'est pas certain qu'elle puisse être mise en œuvre dans tous les cas (23).

Ces derniers arguments n'ont pas laissé le Tribunal et la Cour indifférents. On a vu ces juridictions accepter, dans l'un ou l'autre cas, des recours de particuliers contre des actes qui semblaient pourtant présenter une portée générale. Ces arrêts apparaissent, et restent, toutefois, des cas exceptionnels (24). Le principe dégagé dans la jurisprudence — refus des recours formés par des particuliers contre des actes communautaires généraux — n'a jamais été mis en cause par l'une de ces juridictions de manière fondamentale.

Revirement proposé par le Tribunal

Ce moment a fini par survenir. La contestation est récemment venue, dans l'arrêt *Jégo-Quéré* rendu le 3 mai 2002 par le Tribunal (25). L'affaire concerne une société française opérant des vaisseaux de pêche. Cette société s'était trouvée affectée par un règlement émanant de la Commission européenne. En l'occurrence, le règlement présentait bien une nature générale : il s'appliquait à des situations définies objectivement, en envisageant en termes abstraits des catégories de personnes indéterminées. Le recours aurait donc dû être déclaré irrecevable, sur la base de la jurisprudence établie.

Déployant une argumentation originale, le Tribunal admet toutefois le recours. Son raisonnement est fondé, en partie, sur la situation dans laquelle se trouvait le requérant. En l'occurrence, ce requérant était affecté par un acte communautaire de base. Cet acte ne deman-

dait, pour sa mise en œuvre, aucune exécution par les autorités communautaires. Il ne demandait pas davantage l'intervention des autorités nationales, pour introduire l'acte communautaire dans l'ordre interne ou pour mettre cet acte à exécution. Les autorités nationales étaient amenées à intervenir au stade de la sanction seulement. S'il ne respectait pas le règlement, le requérant devait se voir sanctionné. Dans le cadre de l'administration communautaire (décentralisation), ce type de mesures ne sont pas prises par des autorités européennes. Elle relèvent de la compétence nationale.

Sanctionné, ou poursuivi, par les autorités nationales, le requérant pouvait alors introduire un recours devant une juridiction nationale pour mettre en cause, à titre incident, l'acte communautaire de base. Cette possibilité semblait toutefois insuffisante au Tribunal, pour que ce dernier puisse considérer que le requérant dispose d'un recours effectif. Selon l'analyse développée par le Tribunal, le requérant devait attendre que l'on entame des poursuites contre lui, voire même qu'on lui impose une sanction, avant de pouvoir mettre en cause l'acte communautaire de base. Pour le Tribunal, une telle situation est inacceptable : on ne peut admettre d'un justiciable qu'il doive se placer dans illégalité avant d'obtenir justice, et même pour obtenir cette justice.

On voit que le raisonnement est fondé sur une situation particulière. Cela n'implique pas qu'une portée limitée doive être conférée à l'arrêt. A notre sens, l'enjeu dépasse l'espèce. La limitation frappant les recours de particuliers a fait l'objet de tant de critiques, depuis de nombreuses années. Il est difficile de ne pas voir dans l'arrêt du Tribunal une demande, adressée à la Cour, de modifier sa jurisprudence. Formulé de manière plus générale, le grief peut être exprimé de la manière suivante, en empruntant des mots de l'arrêt (qui, rappelons-le, est fondé sur une espèce spécifique). Selon le Tribunal, l'absence d'un recours direct contre les actes communautaires généraux est contraire au recours effectif que doivent conférer à leurs justiciables les ordres juridiques modernes. Les procédures indirectes (renvoi préjudiciel, exception d'illégalité) « ne peuvent plus être considérées comme garantissant aux justiciables un droit de recours effectif leur permettant de contester la légalité de dispositions communautaires de portée générale qui affectent directement leur situation juridique » (26).

Soutien apporté par l'avocat général Jacobs

Nous l'avons vu : la position adoptée par le Tribunal n'est pas isolée. Elle recueille un appui large, et vigoureux, dans la doctrine. Elle a pu aussi compter sur le soutien de l'avocat général Jacobs. Celui-ci a prononcé, sur le sujet, dans une autre affaire, des conclusions allant dans le même sens. Ces conclusions ont d'ailleurs été rendues publiques avant que soit rendu l'arrêt du Tribunal (27). Pour l'avocat

(16) On se limite, dans le présent exposé, au recours en annulation. Les particuliers peuvent aussi former des recours en carence et en responsabilité, qui sont soumis à des conditions spécifiques.

(17) Par ex., une décision adoptée par la Commission en matière de concurrence (art. 81 ou 82 C.E., concentration) à l'encontre d'une entreprise, à qui est adressée la décision.

(18) Par exemple, une décision adoptée sur la base des dispositions sur les aides d'Etat : la décision est adressée à l'Etat membre accordant l'aide, mais elle peut être attaquée par le destinataire de l'aide ou par des entreprises se trouvant en concurrence.

(19) Certains actes ont une apparence générale, mais sont en réalité des décisions. Ils peuvent alors être attaqués directement devant le T.P.I. Il ne s'agit guère d'une exception, puisque les (vrais) actes à portée générale restent inattaquables.

(20) Si l'acte d'exécution est encore général (par exemple un règlement de la Commission donnant application à un règlement du Conseil), on attendra un nouvel acte communautaire d'exécution de cet acte général (par ex., une décision prise par la Commission sur la base de son règlement d'application).

(21) Les deux voies de recours qui viennent d'être mentionnées sont soumises à limitation. Ainsi, un requérant ne peut faire usage de l'exception d'illégalité ou du renvoi préjudiciel (validité) s'il aurait pu contester la validité dans le cadre d'un recours direct. Les voies indirectes sont fermées aux requérants qui avaient recouru par la voie directe.

(22) Voy., principalement, P. Nihoul, « La recevabilité des recours en annulation introduits par des particuliers à l'encontre de directives ou de règlements communautaires », *Rev. trim. dr. eur.*, 1994, 171-194.

(23) Voy., A. Arnulf, « Private applicants and the action for annulment under article 173 of the E.C. Treaty », *Common Market Law Review*, 1995, p. 7 et « Private applicants and the action for annulment since *Codorniu* », *Common Market Law Review*, 2001, p. 7; K. Lenaerts, « The legal protection of private parties under the E.C. Treaty : a coherent and complete system of judicial review? », *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, 1998, p. 591; F. Jacobs, « Access to justice as a fundamental right in European Law », *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, 1999, p. 197; F. Schockweiler, « L'accès à la justice dans l'ordre juridique communautaire », *J.T.D.E.*, n° 25, 1996, p. 1; G. Vandersanden, « Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées », *Cah. dr. eur.* 1995, p. 535 ; D. Waelbroeck et A.-M. Verheyden, « Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires : à la lumière du droit comparé et de la Convention des droits de l'homme », *Cah. dr. eur.*, 1995, p. 399.

(24) Pour une analyse, voy., les références citées ci-dessus.

(25) T.P.I., arrêt 3 mai 2002, *Jégo-Quéré*, non encore publié au *Recueil* ; publié au *J.T.D.E.* en octobre 2002.

(26) Pt 47.

(27) Conclusions présentées par l'avocat général F. Jacobs le 21 mars 2002 dans l'affaire C-50/00-P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil*. Cette

général Jacobs, un changement s'impose. Plusieurs arguments sont formulés dans les conclusions ; nous en retiendrons deux, qui nous semblent particulièrement importants.

(i) La jurisprudence encourage les particuliers à porter devant la Cour, par l'intermédiaire des juridictions nationales, des questions de validité. Or, ces questions devraient idéalement être tranchées par le Tribunal. La procédure du renvoi préjudiciel (Cour) est en effet peu satisfaisante pour traiter ces questions. Elle est en tout cas moins adaptée que celle applicable en cas de recours direct.

(ii) Les procédures devant les juridictions nationales ne garantissent pas toujours une protection juridictionnelle effective aux particuliers. Parfois, elles ne garantissent même aucune protection juridique. Attendre qu'une procédure soit engagée devant une juridiction nationale, avant de poser une question de validité, peut conduire à priver les particuliers, dans certaines situations, d'un recours effectif.

Refus de la Cour

Le mouvement initié par le Tribunal et l'avocat général n'a pas trouvé d'écho — ou en tout cas pas un écho suffisant — au sein de la Cour. Celle-ci a refusé de suivre la voie que lui indiquait l'avocat général Jacobs, dans l'affaire où ce dernier avait rendu les conclusions qui viennent d'être présentées (28). L'arrêt rendu par cette juridiction a été décidé en formation plénière : il exprime donc l'opinion du collège formé par les juges, et il ne faut pas s'attendre à ce que cette opinion change dans les mois voire les années à venir.

Dans son arrêt, la Cour rappelle sa jurisprudence. Celle-ci ayant été présentée ci-dessus, on n'y reviendra pas plus longtemps. Quelques attendus méritent toutefois qu'on s'y attarde. Ces attendus manifestent toute l'attention que prête la Cour à la nécessité d'un recours effectif pour les justiciables. En même temps, la juridiction n'a pas le sentiment que cette exigence doit la conduire à changer d'avis. Sa jurisprudence est ferme. Le Traité prévoit explicitement que les particuliers ne peuvent disposer d'un recours en annulation contre un acte communautaire à portée générale. Ce système n'est peut-être pas le meilleur qui soit, mais il doit être respecté par les juridictions. C'est aux Etats membres qu'il revient de réviser le Traité s'ils le jugent souhaitable (29).

affaire a depuis lors donné lieu à un arrêt de la Cour, qui est analysé plus loin. On peut supposer que le T.P.I. s'est senti encouragé dans le chemin qu'il a emprunté, en voyant que des voix s'élevaient au sein de la Cour en faveur de son opinion.

(28) Arrêt de la Cour, 25 juill. 2002, *Union de Pequeños Agricultores*, C-50/00, non encore publié au *Recueil* ; publié au *J.T.D.E.* (octobre 2002).

(29) « Si un système de contrôle de la légalité des actes communautaires de portée générale autre que celui mis en place par le traité originare et jamais modifié dans ses principes est certes envisageable, il appartient, le cas échéant, aux Etats membres, conformément à l'article 48 U.E., de réformer le système actuellement en vigueur » (pt 45).

Un second argument est avancé par la Cour pour justifier sa position. On a vu que l'affaire reposait sur une situation, où le particulier devait attendre qu'une procédure soit engagée contre lui, ou qu'une sanction lui soit imposée, pour entamer une procédure nationale avec renvoi préjudiciel. Le Tribunal en déduisait son argument principal : l'impossibilité de mettre en marche le processus préjudiciel avant des poursuites ou même une sanction justifiait, selon lui, que soit modifiée la jurisprudence européenne. C'était sans compter sur la résistance de la Cour à ce type de considération. Pour la Cour, le droit européen est autonome. Il ne saurait dépendre du droit national. L'existence, ou l'inexistence, de possibilités ouvertes au niveau national ne peuvent être prises en compte pour déterminer le contenu à donner au droit européen.

Recours contre les actes adoptés par le médiateur

On peut s'interroger sur la compatibilité entre la limitation frappant les recours des particuliers et le souci manifesté par les autorités européennes de raffermir le lien avec les citoyens européens. A défaut d'ouvrir le prétoire, les Etats membres ont créé une fonction, celle de médiateur, qui est censée rapprocher les citoyens et les institutions.

Le statut du médiateur n'est plus à examiner : il a fait l'objet de nombreux débats. En revanche, il est utile de se pencher sur le statut qui est reconnu aux actes adoptés par lui. Le sujet a fait l'objet d'un arrêt, rendu par le Tribunal dans l'affaire *Lamberts* (30). Le requérant avait travaillé au sein de la Commission sous divers statuts pendant plusieurs années. Il réussit les épreuves écrites d'un concours permettant de le titulariser. Mais il échoue à l'épreuve orale. Pour expliquer son échec, il souligne avoir été sous l'effet de médicaments puissants, pris sur prescription médicale, à la suite d'un accident. Malgré ces explications, il n'est pas admis à présenter une nouvelle fois l'épreuve orale. Il introduit alors une plainte auprès du médiateur. Après de multiples péripéties, le médiateur classe le dossier en concluant qu'« il n'y a pas eu mauvaise administration ». L'idée est que les candidats doivent être traités de manière identique. Si une seconde épreuve est accordée, la Commission devrait fournir une chance identique à d'autres candidats et exposerait son comportement à la critique.

Le requérant introduit un recours en indemnité contre le médiateur, pour obtenir réparation du préjudice. Le recours est déclaré recevable : là est sans doute le véritable enseignement à tirer de l'arrêt. Le Tribunal écarte sur ce plan les arguments soulevés par le médiateur, qui s'opposait à la recevabilité. Ainsi, le Tribunal souligne que le médiateur dispose d'une large marge d'appréciation dans l'exercice de sa fonction. Toutefois, il a l'obligation de rechercher, dans la mesure du possible, une solution conforme à l'intérêt particulier du citoyen concerné. On ne peut exclure que des fautes soient commises dans l'exercice de cette tâche et qu'elles donnent lieu à réparation.

Le recours est toutefois rejeté quant au fond. A la vérité, le raisonnement développé par le Tribunal fait douter qu'un recours sera, un jour, déclaré fondé, contre le médiateur. Selon la juridiction, aucune faute n'a été commise. Le médiateur n'avait pas l'obligation d'informer le requérant sur les voies de recours qui s'offraient à lui et dont apparemment, ce dernier n'était pas au courant. Certes, le médiateur doit traiter les dossiers dans un délai raisonnable (pt 76). Le caractère raisonnable doit toutefois être apprécié au regard des circonstances de l'espèce. En l'occurrence, un délai de 16 mois (ce qui est quand même fort long!) ne peut être considéré comme excessif.

LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS

Interprétation extensive

La protection des consommateurs doit recevoir une interprétation extensive. Un producteur ou un distributeur ne peut donc pour des considérations d'ordre économique, et en vue de faciliter la circulation de son produit à l'intérieur de la Communauté, étiqueter un produit cosmétique en neuf langues dont huit sont des langues officielles de la Communauté et pour ce faire, abréger les mentions obligatoires imposées par la directive relative aux produits cosmétiques (31).

Produits défectueux

Notion de dommage. — Pendant la période commentée, la Cour de justice a eu l'occasion de répondre à des questions préjudicielles posées à propos de la directive 85/374 en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. Cette jurisprudence est particulièrement intéressante puisque la Cour n'a pratiquement jamais été interrogée sur l'interprétation à donner aux dispositions de cette directive importante. Les questions posées dans la première affaire concernaient les causes d'exonération de responsabilité figurant à l'article 7 de la directive tandis que les autres questions portaient sur l'article 9 définissant le dommage couvert par la directive.

Répondant aux questions relatives aux causes d'exonération, la Cour indique qu'un produit défectueux doit bien être considéré comme mis en circulation et donc soumis aux dispositions de la directive lorsqu'il est utilisé à l'occasion d'une prestation concrète de services, de nature médicale, consistant à préparer un organe humain en vue de sa transplantation alors que le dommage causé à celui-ci est consécutif à cette préparation. La Cour précise encore que l'exonération de responsabilité pour absence d'activité dans un but économique ou d'activité professionnelle ne s'applique pas au cas d'un produit défectueux qui a été fabriqué et utilisé dans le cadre d'une prestation médicale concrète qui est entièrement

(31) C.J.C.E., 13 sept. 2001, *Schwarzkopf*, C-169/99, *Rec.*, I, 5901 ; *J.T.D.E.*, 2001, p. 215.

(30) T.P.I., 10 avril 2002, T-209/00.

financée par des fonds publics et pour laquelle le patient ne doit verser aucune contrepartie.

Dans sa réponse aux questions relatives au dommage, la Cour souligne que ni l'article 9, ni l'article 1^{er} de la directive auquel l'article 9 renvoie, ne contiennent une définition explicite de la notion de dommage. L'article 9 de la directive indique toutefois que la notion de dommage doit couvrir à la fois le dommage résultant de la mort ou d'une lésion corporelle et le dommage causé à une chose ou la destruction d'une chose et que, en ce dernier cas, le dommage doit être d'un montant supérieur à 500 €, tandis que la chose endommagée doit être d'un type normalement destiné à l'usage ou à la consommation privée et avoir été utilisée comme telle par la victime. Si la détermination du contenu précis de ces deux types de dommages est pour le surplus laissée aux législateurs nationaux, il n'en reste pas moins que, exception faite du dommage immatériel dont la réparation dépend exclusivement des dispositions du droit national, un dédommagement adéquat et intégral des victimes d'un produit défectueux doit être assuré pour ces deux catégories de dommages. Un Etat membre ne saurait donc limiter les types de dommage matériel, résultant de la mort ou de lésions corporelles, ou de dommage causé à une chose ou consistant dans la destruction d'une chose, qui seront réparés. Le juge national est tenu d'examiner dans quelle catégorie tombe le dommage qui lui est soumis. Il ne lui est en revanche pas possible de refuser tout dédommagement en vertu du droit communautaire au motif que, les autres conditions de responsabilité étant remplies, le dommage encouru ne serait pas de nature à entrer dans l'une des catégories visées (32).

Disparité dans les transpositions. — La Cour a rendu un autre arrêt le 25 avril 2002 à propos de l'article 13 de la même directive disposant que celle-ci ne porte pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité existant au moment de la notification de la directive (33). La Cour souligne en premier lieu que, à la différence d'autres directives, la directive en cause ne contient aucune disposition autorisant explicitement les Etats membres à adopter ou à maintenir des dispositions plus strictes pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur. L'article 13 de la directive ne saurait dès lors être interprété comme laissant aux Etats membres la possibilité de maintenir un régime général de responsabilité du fait des produits défectueux différent de celui prévu par la directive.

Par conséquent, l'article 13 de la directive doit être interprété en ce sens que les droits conférés par la législation d'un Etat membre aux victimes d'un dommage causé par un produit défectueux, au titre d'un régime général de responsabilité ayant le même fondement que celui mis en place par la directive, peuvent se trouver limités ou restreints à la suite de la transposition de celle-ci dans l'ordre juridique interne dudit Etat. En revanche,

l'article 13 n'exclut pas l'application au bénéfice de la victime, d'autres régimes de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle reposant sur des fondements différents tels que la garantie des vices cachés ou la faute.

Pendant la période considérée, la Cour de justice a également condamné la France et la Grèce pour mauvaise transposition de la directive. La directive ne permet pas aux Etats membres de maintenir un régime différent de celui de la directive quant à la responsabilité du fait des produits défectueux. En outre, elle considère que la mesure française relative au droit pour le fournisseur du produit défectueux d'engager la responsabilité du producteur est contraire à la directive (34).

Voyages à forfait

Deux nouveaux arrêts interprétatifs relatifs à la directive concernant les voyages, vacances et circuits à forfait ont été rendus. Dans le premier, la Cour indique que celle-ci confère en principe au consommateur un droit à la réparation du préjudice moral résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des prestations constituant un voyage à forfait (35). Le second arrêt concerne les notions de « forfait » et de « combinaison préalable » figurant dans la directive. Le litige portait sur un séjour réservé auprès d'un village de vacances du Club Méditerranée pour un prix global comprenant logement, repas et transfert. Or, le village de vacances en question était infesté de milliers de guêpes, ce qui avait empêché le consommateur de jouir pleinement de ses vacances. Sans surprise, la Cour dit pour droit que la notion de « forfait » visée par la directive inclut les voyages organisés par une agence de voyage à la demande et conformément aux spécifications d'un consommateur ou d'un groupe restreint de consommateurs tandis que la notion de « combinaison préalable » qui constitue l'un des éléments de la définition du « forfait » couvre nécessairement les cas où la combinaison de services touristiques résulte des souhaits exprimés par ce consommateur jusqu'au moment où les parties parviennent à un accord et concluent le contrat (36).

4 CIRCULATION DE PRODUITS ET DE MARCHANDISES

Nouveau revirement de jurisprudence?

Dans l'affaire *Gourmet*, la Cour de justice a rendu le 8 mars 2001 un arrêt qui pourrait consacrer l'abandon implicite de la jurisprudence *Keck et Mithouard* (37). La Cour re-

prend pour la première fois l'analyse des mesures de publicité qui avait été proposée par l'avocat général Jacobs dans ses conclusions sous l'affaire *Leclerc-Siplec* (38). Pour ce dernier, le critère déterminant dans l'application de l'interdiction de l'article 28 du Traité est celui de l'accès au marché. La publicité accroît la concurrence et l'interdire tend à cristalliser les habitudes de consommation existantes, à scléroser les marchés et à maintenir le statu quo. Dès lors, les mesures qui interdisent ou restreignent sévèrement la publicité tendent inévitablement à protéger les fabricants nationaux et à défavoriser ceux installés dans d'autres Etats membres (conclusions sous l'arrêt *Leclerc-Siplec* cité, pts 20 et 21). L'affaire *Gourmet* concernait les limitations de publicité imposées par la loi suédoise à la commercialisation des alcools. La demande avait pour objet de faire interdire à la société éditrice du magazine gastronomique *Gourmet* de continuer à commercialiser des boissons alcoolisées par le biais d'annonces commerciales dans une publication périodique.

S'agissant de produits comme les boissons alcooliques, dont la consommation est liée à des pratiques sociales traditionnelles ainsi qu'à des habitudes et des usages locaux, la Cour estime qu'une interdiction de publicité à destination des consommateurs est de nature à gêner davantage l'accès au marché des produits originaires des autres Etats membres que celui des produits nationaux avec lesquels le consommateur est spontanément mieux familiarisé. La réponse est donnée pour toutes les formes de publicités commerciales envisageables et non seulement pour les interdictions de publicité par voie de presse. La Cour conclut en revenant à sa jurisprudence classique qu'« une interdiction de publicité telle que celle en cause doit donc être considérée comme affectant plus lourdement la commercialisation des produits originaires d'autres Etats membres que celle des produits nationaux et comme constituant par conséquent une entrave au commerce entre les Etats membres entrant dans le champ d'application de l'article 28 du Traité » (pt 25 de l'arrêt).

Par cet arrêt, il semble bien que la Cour abandonne implicitement la distinction qu'elle avait opérée entre les mesures relatives aux produits et celles qui portent sur les modalités de vente puisqu'elle commence par vérifier si l'application des normes nationales en cause compromet l'accès de produits importés au marché. Si la réponse est positive, la réglementation nationale sera une entrave au commerce intracommunautaire entrant dans le champ d'application de l'interdiction des mesures d'effet équivalent. Elle ne pourra être acceptée que si elle répond à l'un des critères figurant à l'article 30 du Traité ou à l'une des exigences impératives reconnues par la jurisprudence.

(32) C.J.C.E., 10 mai 2001, *Henning Vedfeldt*, C-203/99, *Rec.*, I, p. 3569; *J.T.D.E.*, 2001, p. 160.

(33) C.J.C.E., 25 avril 2002, *Gonzalez Sanchez*, C-183/00.

(34) C.J.C.E., 25 avril 2002, *Commission c. France*, C-52/00, et *Commission c. Grèce*, C-154/00.

(35) C.J.C.E., 12 mars 2002, *Leiner*, C-168/00; *J.T.D.E.*, 2002, p. 136.

(36) C.J.C.E., 30 avril 2002, *Club-Tour, Viagens e Turismo*, C-400/00.

(37) C.J.C.E., 8 mars 2001, *Konsumentombudsmanen c. Gourmet*, C-405/98, *Rec.*, I, p. 1795; *J.T.D.E.*,

2001, p. 103; J.-P. Keppenne, « *Chronique - La libre circulation des marchandises* », sept. 2000-août 2001, *J.T.D.E.*, 2001, p. 227.

(38) C.J.C.E., 9 févr. 1995, *Leclerc-Siplec*, C-312/93, *Rec.*, I, p. 179.

Quelques arrêts plus classiques

Fabrication des produits. — Dans un arrêt du 5 avril 2001, la Cour applique de manière classique la jurisprudence *Cassis de Dijon*. L'application de la réglementation d'un Etat membre, interdisant la commercialisation du pain et d'autres produits de boulangerie dont la teneur en sel, calculée sur la matière sèche, dépasse la limite maximale de 2%, aux produits légalement fabriqués et commercialisés dans un autre Etat membre constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative au sens de l'article 28 du Traité C.E. et ne peut être considérée comme justifiée par la protection de la santé publique. Par contre, une disposition nationale qui transpose correctement une norme communautaire harmonisant les réglementations nationales relatives à la protection des consommateurs contre la tromperie ne constitue pas une entrave à la libre circulation.

L'article 28 du Traité C.E. ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui interdit de faire croire qu'un produit de marque possède des qualités particulières, alors que toutes les denrées alimentaires similaires présentent les mêmes qualités (39).

Protection de l'environnement. — Comme on le sait, la nécessité de protéger certaines exigences impératives peut faire échapper une réglementation nationale à l'interdiction figurant à l'article 28 du Traité C.E. Le recours à plusieurs de ces exigences et notamment à la protection de l'environnement a permis à la Cour de justice de justifier une réglementation allemande relative au marché de l'électricité. Cette réglementation imposait aux entreprises d'approvisionnement en électricité d'acheter le courant produit dans leur zone d'approvisionnement à partir d'énergie renouvelable et ce, à un prix supérieur au prix du marché (40).

Métaux précieux. — Pendant la période examinée, la Cour de justice a également condamné l'Irlande d'une part, la France d'autre part, à propos des exigences que ces deux Etats imposaient à la commercialisation de métaux précieux sur leur territoire (41). Les deux arrêts rendus constituent des cas d'application du principe de reconnaissance mutuelle figurant dans l'arrêt *Cassis de Dijon*, obligeant les Etats membres à reconnaître les spécifications adoptées par les autres Etats membres. En l'espèce, les législations considérées empêchaient la commercialisation d'ouvrages en métaux précieux en provenance d'autres Etats membres.

Espèces menacées. — L'objectif de protection d'espèces menacées constitue certainement une exigence impérative. Dès lors, un Etat membre peut interdire de manière générale sur son territoire l'utilisation commercia-

le de spécimens de faune et de flore sauvage menacés d'extinction dont le caractère protégé est reconnu par le droit international conventionnel ou le droit communautaire. Si l'objectif de protection des espèces menacées ne peut être atteint de manière aussi efficace par des mesures moins restrictives des échanges communautaires (42).

Transmission et réception de signaux. — Une réglementation nationale qui soumet la commercialisation des systèmes de transmission et de réception numérique de signaux de télévision par satellite, ainsi que la prestation des services y afférents, à une procédure d'autorisation préalable restreint la libre circulation des marchandises et la libre prestation des services. Pour être justifiée, une telle réglementation doit donc poursuivre un motif d'intérêt général et respecter le principe de proportionnalité (43).

Droit des marques. — Statuant une fois de plus au sujet du contentieux opposant les titulaires de droits de marque aux importateurs parallèles, la Cour a rendu un nouvel arrêt en matière de reconditionnement des médicaments par les importateurs parallèles (C.J.C.E., 23 avril 2002, *Merck*, C-443/99 et *Boehringer Ingelheim e.a.*, C-143/00; *J.T.D.E.*, 2002, p. 160). Le titulaire d'une marque a le droit d'empêcher un importateur parallèle de procéder au reconditionnement de médicaments, à moins que l'exercice de ce droit ne contribue à cloisonner artificiellement les marchés entre les Etats membres. Un reconditionnement de médicaments par le remplacement des emballages est objectivement nécessaire au sens de la jurisprudence de la Cour si, sans celui-ci, l'accès effectif au marché concerné doit être considéré comme entravé par la réaction d'une proportion significative des consommateurs. L'importateur parallèle doit, en toute hypothèse, pour être en droit de reconditionner des médicaments revêtus d'une marque, respecter la condition d'avertissement préalable, faute de quoi le titulaire de la marque peut s'opposer à la commercialisation du médicament reconditionné.

ACTIVITÉS RÉSERVÉES OU SOUMISES À UN TRAITEMENT SPÉCIFIQUE

Importance pour les professions juridiques

Un autre problème a connu un développement important durant la période sous recension. Il s'agit du problème consistant à savoir dans quelle mesure les règles européennes doivent être appliquées à des secteurs qui en ont été jusqu'à présent préservés. On sait que le droit européen implique, dans une grande mesure, l'ouverture des marchés. Les activités ne peuvent être limitées à un territoire : elles doivent être ouvertes à toute personne ou entité active

dans l'Union. Par ailleurs, les privilèges doivent être écartés : en application du droit de la concurrence, les entreprises ne peuvent se voir accorder, en principe, une aide d'Etat, ou encore un droit spécial ou exclusif.

Le contentieux naissant de ces problèmes est important pour les professions juridiques. On trouve en effet des juristes au sein des entités menacées par la concurrence et l'ouverture des marchés, autant que du côté des entreprises souhaitant étendre leurs activités sur ces marchés où leur entrée était autrefois limitée voire interdite. En outre de nombreux juristes sont actifs du côté des consommateurs, qui suivent avec attention l'ouverture des marchés en raison des bénéfices que pareille ouverture peut leur apporter (principalement baisse des tarifs) mais aussi des dangers qu'elle peut représenter (parfois diminution de la qualité).

Marché intérieur et concurrence

Les problèmes qui sont posés dans le cadre de ces arrêts sont de deux ordres. Tout d'abord, il s'agit de savoir si les règles relatives au marché intérieur trouvent à s'appliquer. Ces règles impliquent, par exemple, la possibilité, pour un consommateur, d'acheter des médicaments dans un autre Etat membre, et d'en obtenir le remboursement dans le pays où il est assuré. Elles impliquent aussi la possibilité de suivre un traitement à l'étranger (pays de l'Union), avec encore remboursement dans l'Etat où est établi le consommateur (44).

Ensuite, il faut déterminer qui a le droit d'exercer une activité sur les marchés concernés. Souvent, ces activités ont été réservées à des entités déterminées. Un droit exclusif leur a été accordé. L'idée était, dans la plupart des cas, de concentrer la demande sur une ou quelques entreprises, pour permettre à ces dernières d'exercer leurs activités en équilibre. La question se pose de savoir si cette forme d'organisation est conforme aux règles de la concurrence, telles que ces dernières sont interprétées aujourd'hui.

Quel que soit le régime concerné, l'application des règles européennes se déroule en deux temps. On affirme d'abord un principe : les règles du marché intérieur et celles de la concurrence doivent être appliquées ; en conséquence de quoi, les restrictions doivent être écartées. Puis, on examine l'application d'exceptions éventuelles. Pour qu'une exception puisse être retenue, il faut que la mesure en cause poursuive la réalisation d'un objectif acceptable au regard du droit européen. Il faut aussi que les moyens mis en œuvre soient proportionnels à l'objectif recherché (45).

(39) C.J.C.E., 5 avril 2001, *Bellamy*, C-123/00, *Rec.*, I, p. 2795; *J.T.D.E.*, 2001, p. 135; J.-P. Keppenne, chronique citée, *J.T.D.E.*, 201, pp. 228 et 229.

(40) C.J.C.E., 13 mars 2001, *Preussen Elektra*, C-379/98, *Rec.* I, p. 2099; J.-P. Keppenne, chronique citée, *J.T.D.E.*, 2001, p. 230.

(41) C.J.C.E., 21 juin 2001, *Commission c. Irlande*, C-30/99, *Rec.*, I, p. 4619; C.J.C.E., 14 juin 2001, *Commission c. France*, C-84/00, *Rec.*, I, p. 4553; J.-P. Keppenne, chronique citée, *J.T.D.E.*, 2001, p. 229.

(42) C.J.C.E., 23 oct. 2001, *Tridon*, C-510/99, *Rec.*, I, p. 7800; *J.T.D.E.*, 2001, p. 256.

(43) C.J.C.E., 22 janv. 2002, *Canal Satellite Digital*, C-390/99, *J.T.D.E.*, 2002, p. 79.

(44) On ne saurait insister sur l'importance de ce mécanisme. Toutes les spécialisations médicales ne sont pas développées de manière homogène dans l'ensemble des Etats membres. D'où l'importance de pouvoir suivre un traitement spécialisé dans un autre Etat membre. Par ailleurs, les sommes sont souvent considérables. De là l'importance d'un mécanisme permettant de les financer selon le système de l'assurance.

(45) M. Fallon, *Droit matériel général des Communautés européennes*, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 1997, pp. 93 et s. et pp. 177 et s.

Soins de santé [1] — Marché intérieur

De nombreux domaines ont été concernés par le mouvement. On connaît bien sûr le cas des télécommunications, où le marché intérieur a été réalisé et où la concurrence a été introduite. Les marchés de l'énergie et des transports ont connu un sort identique à maints égards. D'autres marchés ont été affectés durant la période sous recension, tandis que divers problèmes recevaient des réponses plus précises de la part des juridictions européennes (sur ces deux points, voy. *infra*).

Un secteur est particulièrement concerné : c'est celui des soins de santé (46). Sous la pression des utilisateurs, des procédures sont entamées dans un nombre croissant d'Etats membres. Dans le domaine du marché intérieur, la Cour a eu l'occasion de rendre un nouvel arrêt sur la question délicate de la prise en charge de soins de santé exposés dans un autre Etat membre. La Cour avait déjà estimé que le maintien d'une capacité de soin ou d'une compétence médicale sur le territoire national, équilibrée et accessible à tous, pouvait être essentiel pour la santé publique, voire pour la survie de la population et justifiait ainsi une restriction à la libre prestation des services médicaux et hospitaliers (47). Dans un arrêt rendu le 12 juillet 2001 (48), elle ajoute que par opposition aux soins fournis à domicile ou au cabinet du médecin, les soins hospitaliers nécessitent une planification permettant de garantir la stabilité et l'accessibilité de l'offre. Cela justifie, selon elle, dans son principe, l'exigence d'autorisation préalable posée par les législations nationales en matière de remboursement de soins de santé.

Les conditions d'une telle autorisation doivent reposer sur des critères objectifs et non discriminatoires. Ainsi, une condition suivant laquelle le traitement envisagé doit présenter un caractère « usuel » ne peut être appliquée par référence aux seules conditions en vigueur dans les milieux médicaux d'un Etat membre. L'autorisation ne peut être refusée sur cette base lorsqu'il apparaît que le traitement concerné est suffisamment éprouvé et validé par la science médicale internationale. Ce refus d'autorisation ne peut être fondé sur l'absence de nécessité médicale que lorsque qu'un traitement identique ou présentant le même degré d'efficacité peut être obtenu en temps utile auprès d'un établissement ayant conclu une convention avec l'organisme de remboursement dont relève l'assuré.

Dans un autre arrêt rendu le même jour, la Cour indique également que lorsqu'un assuré a été autorisé par l'institution compétente à se rendre dans un autre Etat membre pour y recevoir des soins, il a droit au remboursement des frais exposés pour les services hospitaliers

fournis dans un autre Etat membre, conformément à l'application des règles en vigueur dans cet Etat. Si toutefois ce montant est inférieur à celui qui aurait résulté de l'application de la législation en vigueur dans l'Etat membre d'affiliation en cas d'hospitalisation dans ce dernier, un complément correspondant à cette différence doit être remboursé à l'assuré par l'institution compétente (49).

Soins de santé [2] — Concurrence

La Cour a rendu en la matière un arrêt important, dans l'affaire *Glöckner* (50). Cette affaire concerne le transport de malades. Le transport urgent de malades faisait l'objet, en Allemagne, dans le *Land* de Rhénanie-Palatinat, d'un droit exclusif (51). Il pouvait seulement être assuré par quatre organisations sanitaires, qui se présentaient comme des entités sans but lucratif. Ces entités avaient réalisé les investissements requis pour exercer l'activité. Elles souhaitaient amortir ces investissements dans de meilleures conditions. A cet effet, elles demandent, et obtiennent, l'autorisation de fournir aussi, en exclusivité, le transport de malades, lorsque ce transport n'est pas urgent.

La question se posait de savoir si une telle extension est compatible avec le droit européen. Pour traiter le problème, la Cour utilise un raisonnement classique. Tout d'abord, elle tente de savoir si l'activité est soumise, comme telle, à la concurrence : la réponse est positive, puisque le transport est un service assuré moyennant rémunération (activité économique; combinaison art. 82 et 86 C.E.). Ensuite, il faut qualifier la situation et examiner si le droit exclusif est contraire au droit de la concurrence. En l'occurrence, la Cour confirme qu'il s'agit bien d'un droit exclusif (pts 23 et 24). Ce droit exclusif doit être analysé comme étant incompatible avec le droit de la concurrence. Une firme en position dominante ne peut en effet se réserver l'activité exercée sur un marché distinct (pt 43). Enfin, on doit s'interroger sur l'existence éventuelle d'une justification (art. 86). En l'occurrence, une dérogation peut être accordée, dans la mesure où l'extension de l'activité sur le marché distinct est nécessaire pour permettre l'exercice de l'activité en équilibre. Cette dérogation ne pourra être maintenue s'il apparaît que les organisations sanitaires ne sont pas en mesure de fournir de manière adéquate les services concernés (pts 51 à 66).

Assurances sociales

Dans le domaine des assurances dites « sociales », de nombreuses procédures sont également entamées par des particuliers. Ces derniers sont contraints par la loi de souscrire une assurance pour couvrir un risque déterminé. Souvent, la loi ajoute à cette obligation une limitation quant aux entités pouvant fournir l'assurance. Ainsi, l'assuré doit s'adresser

à une ou plusieurs entités qui lui sont désignées par la loi. Dans plusieurs cas, des particuliers se sont avérés peu satisfaits de la gestion caractérisant ces entités. Sans remettre en cause l'obligation de s'assurer, ils ont cherché à pouvoir s'adresser à l'organisme de leur choix.

Une distinction savante a été établie, sur ce point, entre diverses formes d'assurance. Les assurances fournies en capitalisation sont en principe soumises à la concurrence. Il s'agit de formes de placement, où l'assuré retire en principe sa mise à laquelle est ajoutée une rémunération pour le capital. En revanche, les assurances reposant sur la répartition échappent à la concurrence. C'est le cas pour les assurances de base, telles que les assurances pension ou les assurances maladie. Dans ces systèmes, le principe fondateur est la solidarité. On compense les bons et les mauvais risques. Cela justifie que l'assurance soit rendue obligatoire, et que la compensation soit confiée à des organismes désignés.

Dans l'affaire *Battistello* (52), un artisan s'était assuré auprès d'une compagnie privée contre les accidents du travail et les maladies professionnelles. Il fut cité en justice par l'I.N.A.I.L., organisme public désigné par l'Etat italien comme entité chargée de gérer ce type d'assurance dans le secteur concerné. L'I.N.A.I.L. reprochait ainsi à notre artisan d'avoir choisi son partenaire, alors que la réglementation en vigueur imposait de recourir à ses services. La position adoptée par cette entité fut acceptée par la Cour. Selon celle-ci, le caractère obligatoire de l'affiliation à cet organisme est rendu nécessaire pour assurer l'équilibre financier. La fonction de l'entité est exclusivement sociale : elle échappe donc au droit de la concurrence.

AUTRES AFFAIRES CONCERNANT LES PERSONNES ET LES SERVICES

Circulation des personnes

La Cour de justice a eu l'occasion d'apporter certaines précisions à la définition de travailleur au sens de l'article 39 du Traité C.E.. Elle rappelle la portée limitée de la notion de travailleur. Il s'agit de la personne qui accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle perçoit une rémunération. Une fois que la relation de travail a pris fin, l'intéressé perd en principe la qualité de travailleur, étant entendu cependant que, d'une part, cette qualité peut produire certains effets après la cessation de la relation de travail et que d'autre part, une personne à la recherche réelle d'un emploi doit également être qualifiée de travailleur (53).

(46) Sur le sujet, voy., une étude à paraître au *J.T.D.E.* en janvier 2003. Les arrêts concernant le droit de la concurrence sont analysés chaque année en avril dans le *J.T.D.E.* par B. van de Walle de Gelcke. Ceux concernant le marché intérieur sont analysés : pour les services, en septembre, par L. Defalque ; pour les marchandises, en novembre, par J.-P. Keppen.

(47) C.J.C.E., 28 avril 1998, *Kohll*, C-198/96, *Rec.*, I, p. 1935.

(48) C.J.C.E., 12 juill. 2001, *Smits*, C-157/99, *Rec.*, I, p. 5473; *J.T.D.E.*, 2001, p. 232.

(49) C.J.C.E., 12 juill. 2001, *Abdon Vanbraekel*, C-368/98, *Rec.*, I, p. 5363.

(50) C.J.C.E., 25 oct. 2001, *Glöckner*, C-475/99.

(51) De manière paradoxale, la Cour utilise l'expression droit « exclusif » dans des circonstances où un privilège est accordé à plusieurs entreprises.

(52) C.J.C.E., 22 janv. 2002, *Battistello*, C-218/00.

(53) C.J.C.E., 31 mai 2001, *Leclerc*, C-43/99, *Rec.*, I, p. 4265; C.J.C.E., 20 mars 2001, *Fahmi e Cerdeiro-Pinedo Amado*, C-33/99, *Rec.*, I, p. 2415; J.-Y. Carlier, « Chronique - La libre circulation des personnes dans l'Union européenne » (1^{er} janv.-31 déc. 2001), *J.T.D.E.*, 2002, p. 6569.

Dans l'affaire *Kaur* (54), la Cour souligne que la définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relève, conformément au droit international, de la compétence de chaque Etat membre, compétence qui doit être exercée dans le respect du droit communautaire. En l'espèce, les déclarations de 1972 et de 1982 par lesquelles le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord avait précisé la notion de « ressortissant des Etats membres », doivent être respectées, fussent-elles unilatérales, en ce qu'elles délimitent le champ d'application *ratione personae* de la citoyenneté communautaire.

Rémunération de prestations

Comme en matière de libre circulation des marchandises, la Cour de justice reconnaît que certaines réglementations de l'Etat d'accueil peuvent être justifiées par un objectif d'intérêt général. Elle a ainsi accepté la licéité de certaines restrictions indistinctement applicables aux nationaux et aux ressortissants d'autres Etats membres (55). Tel est le cas des réglementations justifiées par la protection sociale des travailleurs et des impératifs tenant au marché de l'emploi, la Cour reconnaissant la légitimité des lois impératives de l'Etat d'accueil à condition qu'elles respectent le principe de proportionnalité.

Ainsi, dans un arrêt rendu le 15 mars 2001 (56), la Cour admet qu'un Etat membre impose à une entreprise établie dans un autre Etat membre qui effectue une prestation de service sur le territoire du premier Etat membre de payer à ses travailleurs la rémunération minimale fixée par les règles nationales. Cette obligation pourrait cependant s'avérer disproportionnée lorsqu'il s'agit de salariés d'une entreprise établie dans une région frontalière qui sont amenés à effectuer, à temps partiel et pendant de brèves périodes, une partie de leur travail sur le territoire d'un, voire de plusieurs Etats membres, autres que celui de l'établissement de l'entreprise. La Cour charge les autorités compétentes de l'Etat membre d'accueil d'établir si, et dans quelle mesure, l'application d'une réglementation nationale imposant un salaire minimal à une telle entreprise est nécessaire et proportionnée pour assurer la protection du travailleur concerné.

Les articles 49 et 50 du Traité C.E. ne s'opposent pas non plus à ce qu'un Etat membre impose à une entreprise établie dans un autre Etat membre une réglementation garantissant au travailleur détaché dans le premier Etat le droit à des congés payés, à condition que les travailleurs ne bénéficient pas d'une protection comparable en vertu de la législation du second Etat et que l'application de cette réglementation soit proportionnelle à l'objectif

poursuivi. Par contre, les articles 49 et 50 du Traité C.E. s'opposent, en vertu du principe de non-discrimination, à ce que la réglementation d'un Etat membre en matière de congés payés s'applique à toutes les entreprises établies dans d'autres Etats membres fournissant sur le territoire du premier Etat membre des services dans le secteur du bâtiment, alors que les entreprises établies dans le premier Etat membre qui n'exercent qu'une partie de leur activité dans ce secteur ne sont soumises aux conventions collectives du secteur du bâtiment que lorsque le temps de travail des travailleurs affectés à ce secteur est supérieur au temps de travail des travailleurs affectés à un autre secteur (57).

Quant à l'imposition d'un salaire minimal à des travailleurs détachés, la Cour souligne que le fait qu'un employeur national puisse, en concluant un accord collectif, pratiquer un salaire inférieur au salaire minimal fixé dans une convention collective déclarée d'application générale, alors qu'un employeur établi dans un autre Etat membre ne puisse pas le faire, constitue une restriction injustifiée à la libre prestation des services (58).

Bruxelles : taxe sur les antennes paraboliques

Par un arrêt du 29 novembre 2001, la Cour de justice a sanctionné la taxe annuelle instituée par la Région de Bruxelles-capitale sur les antennes paraboliques (59). Suivant une jurisprudence constante, l'émission et la retransmission de messages télévisés relèvent des dispositions du Traité relatives à la libre prestation des services. Or, l'article 49 du Traité s'oppose à toute réglementation nationale ayant pour effet de rendre la prestation de services entre Etats membres plus difficile que la prestation de services purement interne à un Etat membre. La taxe sur les antennes paraboliques est de nature à gêner davantage les activités des opérateurs actifs dans le domaine de la radiodiffusion ou de la transmission télévisuelle établie dans des Etats membres autres que la Belgique tandis qu'elle assure un avantage particulier au marché intérieur belge et aux activités de radiodiffusion et de télédiffusion interne à ce dernier Etat membre. La Cour relève que, même si la poursuite de l'objectif de protection de l'environnement invoqué, de nature à justifier une entrave à la libre prestation des services, l'instauration de la taxe litigieuse ne garantit pas la réalisation de cet objectif et excède ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

Transport, immatriculation

Le principe de l'égalité de traitement est confirmé par un arrêt du 19 février 2002 (60),

dans lequel la Cour souligne que les transports vers ou en provenance d'un autre Etat membre ne peuvent être soumis à des conditions ou restrictions (en l'espèce, une taxe d'embarquement et de débarquement) qui ne s'appliquent pas aux transports internes analogues. Dans le même ordre d'idée, les articles 49 à 55 du Traité C.E. s'opposent à la législation d'un Etat membre qui oblige une entreprise établie dans cet Etat membre, qui prend en *leasing* un véhicule immatriculé dans un autre Etat membre, à l'immatriculer dans le premier Etat membre pour pouvoir l'y utiliser dans un délai d'une telle brièveté qu'il rend impossible ou excessivement difficile le respect des obligations imposées. Les mêmes dispositions du Traité s'opposent à la législation d'un Etat membre qui oblige une entreprise établie dans cet Etat membre, qui prend en *leasing* un véhicule immatriculé dans un autre Etat membre, à l'immatriculer dans le premier Etat membre en lui imposant une ou plusieurs des conditions suivantes :

— obligation de résidence dans l'Etat membre d'utilisation pour la personne au nom de laquelle le véhicule y est immatriculé;

— obligation de contrôle technique lorsque le véhicule a déjà fait l'objet d'un contrôle technique dans un autre Etat membre (61);

— paiement dans l'Etat membre d'utilisation, d'une taxe à la consommation dont le montant n'est pas proportionnel à la durée de l'immatriculation du véhicule.

Accords d'association

Plusieurs affaires ont permis à la Cour de justice d'interpréter les accords d'association conclus avec la Bulgarie, la Pologne et la Tchéquie. Le droit d'établissement reconnu par ces accords d'association est d'effet direct et implique un droit d'admission et un droit de séjour pour les ressortissants bulgares, polonais et tchèques qui souhaitent exercer une activité de travailleur indépendant dans un Etat membre de la Communauté. L'exercice de ces droits peut toutefois être limité par les règles de l'Etat membre d'accueil concernant l'admission, le séjour et l'établissement. Les accords ne s'opposent pas à un contrôle préalable qui subordonne la délivrance d'une autorisation d'entrée et de séjour à la condition que le demandeur établisse la réalité et la viabilité de son projet d'exercer une activité de travailleur indépendant. La demande d'établissement peut être rejetée au seul motif que le demandeur séjournerait illégalement sur le territoire de l'Etat d'accueil. Les autorités compétentes peuvent dès lors exiger que ce dernier présente une nouvelle demande d'établissement (62).

(54) C.J.C.E., 20 févr. 2001, *Kaur*, C-192/99, *Rec.*, I, p. 1237; J.-Y. Carlier, chronique citée, *J.T.D.E.*, 2002, p. 66.

(55) Voy. à ce sujet, L. Defalque, « Chronique sur la liberté d'établissement et la libre prestation des services » (1^{er} janv. 1996-31 déc. 2000), *J.T.D.E.*, 2001, pp. 183, pt 13.

(56) C.J.C.E., 15 mars 2001, *André Mazzoleni et Intersurveillance Assistance*, C-165/98, *Rec.*, I, p. 2189.

(57) C.J.C.E., 25 oct. 2001, *Finalarte*, aff. jtes C-49/98, C-50/98, C-52/98, C-53/98, C-54/98, C-68/98, C-61/98, C-70/98 et C-71/98, *Rec.*, I, p. 7831.

(58) C.J.C.E., 24 janv. 2002, *Portugaia Construcoes*, C-164/99.

(59) C.J.C.E., 29 nov. 2001, *De Coster*, C-17/00, *Rec.*, I, p. 4445, *J.T.D.E.*, 2002, p. 52.

(60) C.J.C.E., 19 févr. 2002, *Commission c. Italie*, aff. C-295/00; *J.T.D.E.*, 2002, p. 134.

(61) C.J.C.E., 21 mars 2002, *Cura Anlagen*, C-451/99; *J.T.D.E.*, 2002, p. 136.

(62) C.J.C.E., 27 sept. 2001, *Kondova*, C-335/99, *Rec.*, I, p. 6427; C.J.C.E., 27 sept. 2001, *Gloszczuk*, C-63/99, *Rec.*, I, p. 6369; C.J.C.E., 27 sept. 2001, *Barkoci*, C-257/99, *Rec.*, I, p. 6557; *J.T.D.E.*, 2001, p. 238.

Acquisition de biens immobiliers

Dans un arrêt intéressant rendu le 5 mars 2002 à propos des mesures nationales autrichiennes réglementant l'acquisition de la propriété foncière aux fins d'interdire l'installation de résidences secondaires dans certaines zones, la Cour de justice confirme que le droit d'acquérir, d'exploiter et d'aliéner des biens immobiliers sur le territoire d'un autre Etat membre constitue le complément nécessaire de la liberté d'établissement (63). Les procédures d'autorisation préalables à l'acquisition de biens immobiliers prévues par la loi autrichienne restreignent par leur objet même la liberté de circulation des capitaux. Toutefois, les restrictions à l'installation de résidences secondaires dans une zone géographique déterminée d'un Etat membre afin de maintenir, dans un but d'aménagement du territoire, une population permanente et une activité économique autonome par rapport au secteur touristique, peuvent être considérées comme un objectif d'intérêt général justifiant un système de déclaration adéquate, l'exigence d'une autorisation préalable étant disproportionnée par rapport au but poursuivi.

« Golden shares »

Par trois arrêts du 4 juin 2002 (64), la Cour a appliqué l'article 56 du Traité au régime d'actions spécifiques de trois Etats membres dans certaines sociétés (régime appelé « golden shares »). La Cour a ainsi censuré le régime des actions spécifiques de l'Etat français dans la société Elf-Aquitaine. Si l'objectif poursuivi par la France, à savoir la garantie de l'approvisionnement de produits pétroliers en cas de crise, relève d'un intérêt général légitime, les mesures en cause vont manifestement au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif invoqué.

La Cour censure également la réglementation portugaise instaurant un régime d'autorisation administrative préalable à l'acquisition de participations dans des entreprises initialement publiques et ultérieurement privatisées. Même si l'objectif de préserver des services d'intérêt général ou stratégiques est admissible, il peut être atteint par des mesures moins restrictives, notamment par un système de déclaration *a posteriori*.

La Cour valide cependant la réglementation belge instituant des actions spécifiques en faveur de la Belgique dans la Société nationale

de transport par canalisation et Distrigaz. L'objectif poursuivi consiste à garantir la sécurité des approvisionnements en énergie en cas de crise et il relève d'un intérêt public légitime. En l'espèce, le régime permet, sur base de critères objectifs et contrôlables par les juridictions nationales, de garantir la disponibilité effective des canalisations constituant les grandes infrastructures de transport intérieur des produits énergétiques ainsi que d'autres infrastructures pour le transport intérieur et le stockage de gaz, y compris les points de débarquement et les points frontaliers. Il n'a pas été démontré que des mesures moins contraignantes auraient pu atteindre le même objectif.

Obligation de recourir à la monnaie nationale

Par un arrêt du 11 janvier 2001 (65), la Cour de justice répond à deux questions posées par un tribunal civil de Vienne et relatives à l'article 56 du Traité. Cet article s'oppose à une réglementation nationale qui oblige à inscrire en monnaie nationale une hypothèque affectée à la garantie d'une créance payable dans la monnaie d'un autre Etat membre (en l'espèce, le mark allemand).

Discriminations

Dans un autre arrêt rendu le 8 mars 2001 (66), et relatif à l'impôt sur les sociétés, la Cour de justice précise la portée de l'égalité de traitement. L'article 43 du Traité s'oppose à la législation d'un Etat membre qui accorde aux sociétés résidant dans cet Etat la possibilité de bénéficier d'un régime d'imposition leur permettant de verser des dividendes à leur société mère sans être assujetties au paiement anticipé de l'impôt sur les sociétés lorsque la société mère réside également dans cet Etat membre et le leur refuser lorsque la société mère a son siège dans un autre Etat membre.

Lorsqu'une filiale résidant dans un Etat membre a été soumise à l'obligation d'acquiescer par anticipation l'impôt sur les sociétés au titre des dividendes versés à sa société mère ayant son siège dans un autre Etat membre alors que, dans des circonstances similaires, les filiales de sociétés mères résidant dans le premier Etat membre ont pu opter pour un régime d'imposition les faisant échapper à cette obligation, l'article 43 du Traité exige que les filiales résidentes et les sociétés mères non résidentes bénéficient d'une voie de recours effective pour obtenir le remboursement ou le dédommagement de la perte financière qu'elles ont subie au profit des autorités de l'Etat membre concerné à la suite du paiement anticipé de l'impôt par les filiales.

Véhicules

Dans un arrêt rendu le 12 juillet 2001 (67), la Cour a interprété la directive 83/182 C.E. sur les franchises fiscales applicables à l'intérieur de la Communauté en matière d'importation temporaire de véhicules. Lorsqu'une personne a des attaches professionnelles et personnelles dans deux Etats membres, sa résidence normale doit, pour l'application éventuelle d'une franchise à l'importation temporaire d'un véhicule, être déterminée sur la base d'une appréciation globale de sa situation en mettant l'accent sur les attaches personnelles. Les sanctions des infractions relèvent de la compétence des Etats membres mais ceux-ci doivent, dans leur appréciation, tenir compte d'éléments tels que la difficulté de déterminer la résidence normale et la bonne foi de la personne concernée.

Société en liquidation

Interprétant la directive du Conseil concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux, la Cour a considéré que la perception, à charge de sociétés de capitaux en état de faillite ou de liquidation, ne disposant d'aucun revenu ou d'un revenu annuel ne dépassant pas un certain montant, d'un impôt minimal dû pour chaque trimestre d'assujettissement intégral desdites sociétés à l'impôt des sociétés était bien permise (68).

Douanes

La Cour a également eu l'occasion d'interpréter le Code des douanes communautaire. Ainsi, ce Code ne permet pas le remboursement de droits à l'importation lorsque le déclarant présente avec retard un certificat d'authenticité en vertu duquel la marchandise aurait pu, si le certificat avait été présenté avec la marchandise, bénéficier d'un traitement tarifaire favorable. Un remboursement ou une remise des mêmes droits sur le fondement d'autres textes communautaires reste néanmoins possible. Des éléments « susceptibles de constituer une situation particulière qui résulte de circonstances n'impliquant ni manœuvre, ni négligence manifeste de la part de l'intéressé » sont des éléments soumis à l'appréciation du juge et susceptible de mettre le demandeur dans une situation exceptionnelle par rapport aux autres opérateurs économiques exerçant la même activité (69).

Si les droits n'ont pas été perçus en raison d'une erreur d'interprétation ou d'application des textes pertinents par les autorités compétentes, si un redevable de bonne foi ne pouvait déceler cette erreur et si ce redevable s'est conformé aux exigences légales, les autorités douanières d'un Etat membre doivent renoncer au recouvrement *a posteriori* des droits (70).

(63) C.J.C.E., 5 mars 2002, *Reisch. e.a.*, aff. jtes C-515/99, C-519/99 à C-524/99 et C-526/99 à C-540/99; *J.T.D.E.*, 2002, p. 109.

(64) C.J.C.E., 4 juin 2002, *Commission c. République portugaise*, C-367/98; *Commission c. République française*, C-483/99; *Commission c. Belgique*, C-503/99.

(65) C.J.C.E., 11 janv. 2001, *West Deutsche Landesbank Girozentrale*, C-464/98, *Rec.*, I, p. 173; *J.T.D.E.*, 2001, p. 70.

(66) C.J.C.E., 8 mars 2001, *Metal Gesellschaft e.a. et Commissioner of Inland Revenue*, aff. jtes C-397/98 et C-410/98, *Rec.*, I, p. 1727; *J.T.D.E.*, 2001, p. 102.

(67) C.J.C.E., 12 juill. 2001, *Louloudakis*, aff. C-262/99, *Rec.*, I, p. 5547; *J.T.D.E.*, 2001, p. 212.

(68) C.J.C.E., 18 janv. 2001, *Herta Schmid*, C-113/99, *Rec.*, I, p. 471; *J.T.D.E.*, 2001, p. 71.

(69) C.J.C.E., 27 sept. 2001, *Bacardi*, C-253/99, *Rec.*, I, p. 6493.

(70) C.J.C.E., 11 oct. 2001, *William Hinton*, C-30/00, *Rec.*, I, p. 7511.

PROBLÈMES PARTICULIERS DE CONCURRENCE

Position dominante collective

Dans les problèmes particuliers concernant le droit de la concurrence, il faut faire état d'un arrêt déjà souvent commenté, malgré sa date récente. Il s'agit de l'arrêt rendu dans l'affaire *Airtours*, où le Tribunal précise les critères à satisfaire pour que l'on puisse appliquer la théorie de la position dominante collective (71). Cette théorie est née de la difficulté, que rencontre la Commission, à appliquer les règles de la concurrence lorsque plusieurs entreprises présentes sur un même marché adoptent une stratégie unique. Comme on le sait, les situations où la concurrence est affectée par le fait d'une entreprise sont soumises à l'article 82 C.E. Celles, en revanche, où sont présentes plusieurs entreprises sont appréhendées, en principe, au moyen de l'article 81 C.E. L'application de cette disposition requiert toutefois que l'autorité — ou le concurrent si le problème est mis en avant devant une juridiction nationale — prouve l'existence d'une entente. Cette dernière peut être aisément établie si un accord est avoué par les parties, ou encore si on trouve un document montrant qu'une entente a été conclue. Les entreprises deviennent toutefois prudentes : rares sont celles qui, ayant conclu une entente illicite, n'en détruisent pas toute trace. Des aveux peuvent survenir (72), mais ils ne sont pas toujours aisément obtenus.

Pour remédier à la difficulté, une première théorie a été élaborée. C'est celle dite « des pratiques concertées ». En application de cette théorie, l'autorité peut présumer l'existence d'une concertation dans le chef d'entreprises lorsque ces entreprises adoptent des comportements parallèles ou complémentaires et que le parallélisme ou la complémentarité ne peuvent être expliqués autrement qu'en postulant l'existence d'une telle concertation. La théorie a été appliquée, mais la jurisprudence n'a pas tardé à en montrer les limites : il est souvent possible aux entreprises de montrer que leurs comportements peuvent être dus à d'autres causes.

Une seconde théorie a alors été proposée. Elle consiste à considérer que l'article 82 C.E. (et non plus l'article 81 C.E. comme cela était le cas pour les pratiques concertées) s'applique à plusieurs entreprises (et non plus seulement à une seule comme on le faisait autrefois), lorsque ces dernières adoptent une ligne commune d'action. En clair, il s'agit d'interdire, et de sanctionner, des comportements identiques, parallèles ou concertés, sans qu'il faille établir la concertation. Pour appliquer cette interdiction, on cesse donc de considérer qu'il y a une faute dans le chef des entreprises concernées. On se place plutôt dans la perspective des clients. Les clients sont confrontés à une stratégie com-

mune de la part des entreprises concernées. Cette identité, ou le caractère commun, de cette stratégie leur fait perdre toute possibilité de choisir entre les fournisseurs. Une telle situation n'est pas compatible avec le droit de la concurrence qui, précisément, cherche à consacrer l'existence d'un choix dans le chef des partenaires, en particulier des consommateurs.

La théorie de la position dominante collective (c'est le nom qui a été donné à cette approche) peut conduire à ce que soient considérés sous l'angle de la concurrence de nombreux comportements qui y échappaient autrefois. C'est pourquoi les autorités s'appliquent à définir avec précision les conditions dans lesquelles elle pourrait être amenée à s'appliquer. L'arrêt rendu par le Tribunal fait partie de cet exercice. L'arrêt concerne le réseau des voyages à forfait au Royaume-Uni. Participent à ce marché trois grandes entreprises : *Airtours*, *Thomson* et *Thomas Cook* qui, ensemble, occupent environ 68% du marché. Une quatrième entreprise y est également présente, à concurrence de 11%.

Airtours — le leader du marché — souhaite acquérir *First Choice* — le benjamin. L'opération est toutefois refusée par la Commission, au motif qu'elle conduirait à une concentration excessive sur le marché concerné. La décision prise par la Commission est attaquée devant le Tribunal, qui rend un arrêt d'annulation. L'arrêt est intéressant, principalement, pour les critères qu'il énonce. Ces critères doivent être remplis pour que puisse être appliquée la théorie. Ils sont brièvement décrits ci-dessous. C'est l'application de ces critères, bien sûr, qui suscitera le plus de difficulté, et qui ouvrira la voie à l'imagination

des juristes et des économistes chargés de défendre les parties.

— Chaque membre de l'oligopole doit pouvoir connaître le comportement des autres membres. Il doit être en mesure de vérifier si les autres membres adoptent et/ou maintiennent la même ligne d'action. En d'autres termes, la transparence sur le marché devrait être suffisante pour permettre à chaque membre de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate l'évolution du comportement de chacun des autres membres.

— La situation de coordination tacite doit pouvoir se maintenir dans la durée. Il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune. Il faut que chaque membre de l'oligopole sache qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative.

— La réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne devrait pas remettre en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune, et les membres de l'oligopole devraient en être convaincus.

Subventions croisées

Le problème. — Dans la période couverte, la Cour a apporté des précisions sur les conditions dans lesquelles une entreprise peut utiliser, pour financer des activités sur un second marché, des ressources qui ont été obtenues sur un premier marché, où elle est soumise à un régime particulier.

Activités financées par des ressources d'Etat. — Dans l'arrêt *Ferring* (73), la Cour examine une subvention indirecte accordée par une autorité publique à une entreprise en contrepartie de l'exécution, par cette entreprise, d'obligations particulières qui sont liées au service public. L'affaire concerne la distribution de médicaments en France. Dans ce pays, les médicaments sont commercialisés auprès du public par des laboratoires et par des grossistes. Des obligations particulières sont imposées aux grossistes, pour assurer en permanence la disponibilité des médicaments au bénéfice du public (74). Ces obligations représentent, dans le chef de ces grossistes, des coûts plus élevés que ceux supportés par leurs concurrents (laboratoires). Pour compenser ce surcoût, les autorités françaises dispensent les grossistes d'une taxe levée sur la vente de médicaments.

(73) C.J.C.E., 22 nov. 2001, *Ferring*, C-53/00.

(74) Aux termes de la réglementation française, les grossistes doivent détenir en permanence un stock permettant d'assurer l'approvisionnement de la consommation mensuelle ; assurer la livraison de toute spécialité exploitée à toute officine faisant partie de leur clientèle habituelle dans les vingt-quatre heures de la commande. La réglementation française est conforme, sur ce point, avec le droit européen. Des dispositions ont été adoptées par les autorités européennes, qui reconnaissent les obligations spécifiques imposées aux grossistes dans des Etats comme la France.

2002

602

Journal des tribunaux DROIT EUROPÉEN

Au sommaire du numéro de septembre :

Doctrine : Le règlement « Bruxelles I » sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, par N. Watté, A. Nuyts et H. Boularbah. — **Chronique :** L'application du règlement sur le contrôle des concentrations (1^{er} janvier 2001 - 30 juin 2002), par A. Pappalardo. — **Jurisprudence :** Conditions de travail. — Accès à la garderie de l'employeur. — Discrimination positive en faveur des femmes. — Justification (C.J.C.E., 19 mars 2002, *Lommers*). — Ordre professionnel. — Tarif d'honoraires. — Entente contraire au droit de la concurrence? (C.J.C.E., 19 février 2002, *Arduino*). — **Actualités.** — **Communiqué.** — **Colloque.**

Abonnement 2002 : 112,00 €
Prix au numéro : 12,00 €
Dix numéros par an : 256 pages.

COMMANDES : LARCIER, c/o Accés+, s.p.r.l.
Fond Jean-Pâques, 4 - 1348 Louvain-la-Neuve
Tél. (010) 48.25.70 - Fax (010) 48.25.19
E-mail : acces+cde@debeock.be

La question était posée de savoir si une telle dispense est conforme au droit européen de la concurrence. Dans sa réponse, la Cour écarte les dispositions relatives aux aides d'Etat. Pour elle, le non-assujettissement des grossistes à la taxe peut être regardé comme la contrepartie des prestations effectuées. Les grossistes ne bénéficient pas, en réalité, d'un avantage, car la mesure concernée a comme seul effet de mettre les grossistes et les laboratoires dans des conditions de concurrence comparables. Il faut toutefois que la taxe corresponde aux surcoûts réellement supportés par les grossistes pour l'accomplissement de leurs obligations de service public. A défaut, peut-on en déduire, la partie de l'exonération qui ne correspondrait pas au surcoût devrait être analysée comme une aide. Cette partie devrait être interdite, dès lors qu'aucune exemption n'est prévue pour ce genre de situation dans le Traité (75).

Activités financées par des ressources réservées. — L'affaire *T.N.T.* (76) concerne le domaine de la poste. L'entreprise publique italienne (Poste Italiane) dispose encore d'un monopole pour le service ordinaire. Les autres services sont ouverts à la concurrence, en application de la libéralisation qui est intervenue dans le secteur. Pour financer le service ordinaire, la Poste italienne reçoit de l'Etat italien une subvention qui est censée couvrir les pertes réalisées dans ce cadre (77). La Poste estimait toutefois que cette subvention n'était pas suffisante. Pour lui donner un financement supplémentaire, l'Etat italien imposa aux autres opérateurs l'obligation de verser à cette entreprise une subvention calculée sur les opérations réalisées par eux (78).

Dans son arrêt, la Cour admet la possibilité d'amener les entreprises présentes dans un secteur à financer les obligations qui sont imposées à l'une ou l'autre d'entre elles au titre du service public. Un Etat — en l'occurrence l'Italie — peut donc contraindre les entreprises exerçant des activités dans le domaine postal à verser des sommes à la poste italienne, pour permettre à cette dernière de fournir le service public dans ce domaine (79). Cette

possibilité est toutefois étroitement encadrée.

— Les sommes dont le paiement est réclamé aux opérateurs ne peuvent excéder le montant requis pour financer le service universel. Cette condition correspond à celle traitée dans la jurisprudence *Ferring* (voy., ci-dessus).

— L'entreprise bénéficiant de ces sommes doit verser également sa contribution. Elle ne peut être dispensée, à peine de discrimination à l'encontre des autres opérateurs.

— L'entreprise chargée du service universel ne peut subventionner le coût d'activités menées en concurrence au moyen de recettes obtenues sur le marché profitant des subventions. En d'autres termes, les subventions croisées sont interdites entre les activités concurrentielles et les activités soumises à un régime particulier.

Acquisition financée au moyen de ressources réservées. — Dans l'affaire *U.P.S.* (80), le Tribunal était confronté à une entreprise publique (*Deutsche Post*, en abrégé « D.P. ») à laquelle elle reprochait d'utiliser, en vue d'acquérir une nouvelle entreprise (financement d'une acquisition), des fonds obtenus sur un marché réservé. D.P. dispose en Allemagne, aujourd'hui encore, d'un monopole sur certaines activités postales. Ce monopole lui permet d'acquérir des ressources, qui peuvent être importantes. Comme ce monopole couvre le service universel, D.P. reçoit en outre un subside de l'autorité allemande. Selon U.P.S., les ressources dégagées sur le mar-

ché réservé ont été utilisées par D.P. pour financer l'acquisition d'une entreprise sur un marché soumis à la concurrence. La concurrence est ainsi faussée, dès lors que D.P. utilise pour rivaliser avec U.P.S., des ressources provenant de l'Etat (subvention, droit exclusif).

L'affaire a été examinée une première fois par la Commission, lorsqu'a été adoptée la décision prenant position sur le projet de concentration. Elle l'a aussi été une seconde fois, lorsque la Commission a été amenée à prendre position sur une plainte introduite par U.P.S. à propos de la pratique faisant l'objet du recours. A ces deux occasions, la Commission valide la pratique. Pour elle, une entreprise bénéficiant de revenus sur un marché réservé peut utiliser ces revenus pour financer une acquisition sur un marché distinct qui est ouvert à la concurrence. Selon la Commission, la pratique tomberait seulement sous le coup de l'interdiction si l'acquisition conduisait à créer, ou à renforcer, une position dominante sur le marché où est acquise la société (81).

La position adoptée par la Commission a été confirmée par le Tribunal. Dans son arrêt, la juridiction renvoie aux arguments donnés par la Commission. Pour le Tribunal, le droit de la concurrence ne s'oppose pas à l'acquisition d'entreprises sur des marchés concurrentiels au moyen de bénéfices réservés (82).

2002

Lucette DEFALQUE
Avocat, professeur

Paul NIHOUL
Professeur

603

en la matière par les autorités européennes. Sur le sujet, voy. P. Nihoul, *Droit européen des télécommunications - L'organisation des marchés*, Larcier, 1999.

(80) C.J.C.E., 20 mars 2002, *U.P.S. Europe c. Commission*, T-175/99.

(75) Sur d'autres arrêts rendus en matière d'aide durant la période couverte, voy., la chronique de M. Dony. Pour la dernière livraison, voy. *J.T.D.E.*, 2002, pp. 117 et s. (année 2001).

(76) C.J.C.E., 17 mai 2001, *T.N.T.*, C-340/99.

(77) En application de l'arrêt *Ferring*, cette subvention n'est pas contraire au Traité : elle finance un coût imposé à l'entreprise pour permettre à cette dernière d'exécuter des obligations liées au service public (*supra*).

(78) Ainsi, un opérateur délivrant un courrier exprès devait verser, à la poste, en application de la réglementation, une partie de la recette qu'il obtenait de son client pour la fourniture du service. Il s'agissait, en l'occurrence, du droit postal équivalent à la taxe d'affranchissement normalement due, l'opérateur pouvant garder le surplus.

(79) Cette possibilité a été organisée de manière systématique dans le domaine des télécommunications. Dans ce dernier domaine, les Etats membres sont invités à constituer un fonds qui interviendra dans le financement du service universel. Le service universel est confié à une ou plusieurs entreprises. Toutes les entreprises présentes dans le secteur doivent contribuer à ce fonds. Des règles précises ont été établies

NOUVEAU


Dans la collection
de la Faculté de droit
de l'Université de Liège

Contentieux administratif

par Paul LEWALLE

*Un éclairage complet et précis
dans une matière technique*

Un volume 16 x 24 cm, 1164 pages, 2002 196,00 €

COMMANDES : LARCIER, c/o Accés*, s.p.r.l.
Fond Jean-Pâques, 4 - 1348 Louvain-la-Neuve
Tél. (010) 48.25.00 - Fax (010) 48.25.19.
E-mail : acces+cde@deboeck.be

(81) Dans sa décision, la Commission éclaire les critères pouvant être utilisés en vue d'évaluer un projet de concentration. Selon elle, un tel projet ne peut être interdit que s'il conduit à créer, ou à renforcer, une position dominante. Ce critère est mentionné de manière explicite dans le règlement concernant les concentrations. Seul peut donc être utilisé ce critère, à l'exclusion d'autres considérations. Ainsi, on ne peut interdire un projet de concentration sur la base de l'origine des fonds qui ont été utilisés en vue d'assurer le financement.

(82) Deux critiques doivent être formulées. Tout d'abord, l'arrêt n'est pas conforme à la jurisprudence développée par la Cour dans l'arrêt *T.N.T.* Nous avons vu, en effet, dans cet arrêt, que la Cour interdit les subventions croisées destinées à financer des activités concurrentielles au moyen de ressources réservées. Par ailleurs, l'arrêt rendu par le T.P.I. manque en lui-même de cohérence. Le projet de concentration a été approuvé par la Commission à la suite de négociations avec D.P. Dans le cadre de ces négociations, D.P. s'est engagée à ne pas subventionner, après l'acquisition, les activités développées par la société acquise sur les marchés concurrentiels. Le T.P.I. note qu'une contravention par rapport à cet engagement serait sanctionnée. La sanction, selon lui, devrait être fondée sur l'article 82 C.E. Cela revient à dire que les subventions croisées d'activités sont interdites par cette disposition, mais que celle-ci ne prohibe pas les subventions croisées d'acquisition. Une entreprise pourrait donc utiliser des bénéfices réservés pour développer ses activités sur des marchés concurrentiels par l'intermédiaire d'une acquisition, mais le même comportement serait interdit si ce sont simplement des activités qui sont finan-