



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

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

34 ISSN 0021-812X

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

CHRONIQUE SEMESTRIELLE DE DROIT COMMUNAUTAIRE (1^{er} janvier - 30 juin 2005)

C'est à nouveau un arrêt « institutionnel » qui ouvre cette chronique, et il a son importance pour les praticiens. Dans cet arrêt, la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après « C.J.C.E. ») sanctionne lourdement la France pour violation d'un arrêt constatant une violation du droit communautaire. Trop souvent, les arrêts de manquement sont restés inexécutés. La C.J.C.E. ne semble plus prête à accepter une telle situation. Une ère nouvelle paraît ainsi ouverte : en indiquant qu'elle sanctionnera résolument les Etats récalcitrants, la Cour renforce l'intérêt, pour les praticiens, de recourir au droit européen, lorsqu'ils souhaitent mettre en cause une situation nationale qu'ils estiment contraire à ce dernier...

« DOUBLE » ARRÊT EN MANQUEMENT

L'arrêt ouvrant la chronique a été rendu en matière de pêche (politique agricole commune). La France y avait été condamnée au motif qu'elle n'assurait pas le respect de règles adoptées par les institutions communautaires (1). A la suite de cet arrêt, les autorités françaises ont adopté des mesures qui sont apparues insuffisantes à la suite d'inspections réalisées par des fonctionnaires européens. Une seconde procédure a alors été entamée, sur la base de l'article 228 du Traité CE.

Cette disposition précise qu'un Etat membre peut être sanctionné s'il ne met pas en œuvre les mesures requises pour se conformer à un arrêt en manquement. Avant qu'une telle sanction puisse être imposée, une procédure assez complexe doit être suivie. La Commission européenne doit mettre en demeure l'Etat concerné; en l'absence de nouvelle mesure, elle doit lui faire parvenir un avis motivé; si

un désaccord subsiste, elle peut assigner l'Etat devant la C.J.C.E., en indiquant « le montant de la somme forfaitaire ou de l'astreinte à payer par l'Etat membre concerné [montant] qu'elle estime adapté aux circonstances ». C'est la C.J.C.E. qui impose la sanction, si elle l'estime appropriée, et les indications fournies par la Commission constituent seulement des propositions. La Cour est donc souveraine, quant à la décision d'imposer une amende « ou » (2) une astreinte, et quant à la décision de leur montant et de leurs modalités (3).

Le second manquement étant établi, il fallait se prononcer sur la sanction. Deux questions étaient posées. Tout d'abord : la Cour peut-elle imposer une astreinte et une somme forfaitaire? S'opposant à plusieurs Etats membres, la C.J.C.E. répond par l'affirmative.

(2) La disjonction est utilisée dans l'article 228 CE.

(3) Le mécanisme peut sembler lourd à mettre en œuvre. Mais il réalise une avancée considérable pour rendre des Etats responsables de leurs actes devant des institutions internationales. Cela n'est pas resté inaperçu. Dans l'affaire recensée, plusieurs Etats membres ont mis en cause la compétence de la C.J.C.E. Mais leurs arguments ont été écartés. Pour la C.J.C.E., il s'agit d'une procédure juridictionnelle dans laquelle les considérations politiques sont sans pertinence : « l'opportunité d'imposer une sanction pécuniaire et le choix de la sanction... échappent... à la sphère politique » (point 90).

(1) En particulier, usage d'un maillage trop petit, permettant la capture de poissons encore jeunes, et portant ainsi atteinte à la reconstitution des stocks naturels. Arrêt de la C.J.C.E., du 11 juin 1991, *Commission c. France*, C-64/88, Rec., P. I-2727.

SOMMAIRE

- Chronique semestrielle de droit communautaire (1^{er} janvier - 30 juin 2005), par L. Defalque et P. Nihoul 629
- Vie du droit :
Un nouvel avatar de la législation par référence : la suppression de l'article 114, § 8, de la loi Belgacom, par V. De Schrijver et A. Misonne 637
- Pourvoi en cassation - Matière répressive - Signification du pourvoi du ministère public aux autres parties - Absence de discrimination.
(Cour d'arbitrage, 13 septembre 2005, note) 639
- Pourvoi en cassation - Matière répressive - Signification du pourvoi de la partie civile aux autres parties - Discrimination.
(Cour d'arbitrage, 30 juin 2004, note) . 640
- Intervention - Matière civile - Demandes incidentes introduites contre un futur intervenant - Absence de contestation - Recevabilité.
(Cass., 1^{re} ch., 22 octobre 2004) 641
- Pourvoi en cassation - Matière répressive - Absence de signification du pourvoi de la partie civile aux autres parties - Recevabilité par suite de la décision de la Cour d'arbitrage.
(Cass., 2^e ch., 12 octobre 2004, note) . 641
- Loi hypothécaire - Transcription - Vente - Conflit entre deux acquéreurs successifs d'un même immeuble - Exception d'inexécution - Responsabilité du vendeur - Garantie d'éviction - Responsabilité du notaire instrumentant.
(Mons, 6^e ch., 28 mai 2004, observations de P.-P. Renson) 642
- Chronique judiciaire :
Belgique 175-25 - Coups de règle - Bibliographie - Dates retenues - Mouvement judiciaire - Echos.

2005

629

CONCURRENCE - ARTICLES 81 ET 82 CE

La concurrence et le football

La F.I.F.A. (6) a récemment réglementé l'activité des « agents de joueurs », intermédiaires servant de liens entre les joueurs et les clubs intéressés par leurs services. Ce règlement porte-t-il atteinte aux règles de la concurrence? Oui, selon certains agents, qui aimeraient travailler sans être soumis aux règles, et au contrôle, de la F.I.F.A. L'affaire fut examinée par la Commission, qui demanda à la F.I.F.A. de modifier diverses clauses jugées anticoncurrentielles. Mais un plaignant ne voulut pas en rester là : il attaqua en annulation, devant le Tribunal de première instance (ci-après T.P.I.), la décision par laquelle la Commission rejetait sa plainte.

Le T.P.I. donne raison à la Commission, et donc à la F.I.F.A., pour ce qui concerne la nouvelle version du règlement. La juridiction confirme que les clubs de football, les associations nationales qui les rassemblent et la

F.I.F.A. constituent des « entreprises » ou, dans ces deux derniers cas, des « associations d'entreprises ». A ce titre, ces clubs, et ces associations, sont soumis au droit européen de la concurrence. Le règlement restreint la concurrence, mais une exemption peut être accordée au titre de l'article 81, § 3, CE. Il introduit en effet une forme de sélection qualitative des agents, sur la base de critères objectifs. Certes, l'application du règlement aura pour conséquence que toutes les personnes intéressées n'auront peut-être pas la possibilité de devenir agents — ce sera le cas si elles ne remplissent pas les conditions requises pour exercer à l'avenir cette activité. Mais elle ne semble pas avoir pour effet, et certainement pas pour objet, une réduction du nombre d'agents, dans une mesure qui éliminerait la concurrence.

Notons que le T.P.I. s'interroge, dans plusieurs parties de l'arrêt, sur la « légitimité » de la F.I.F.A. pour édicter une telle réglementation. Pour la juridiction, les règles introduites par la F.I.F.A. s'apparentent à une activité de « police », dans le cadre d'une activité économique (§ 78). Elles touchent à des « libertés fondamentales » (§ 78), notamment aux « libertés civiles et économiques » (§ 77). Leur adoption ressort « en principe », « à la compétence des autorités publiques » (§ 78). Mais le T.P.I. se refuse à examiner cette question de la légitimité. Il se limite aux questions liées au droit de la concurrence, sans peut-être voir, ou accepter de reconnaître, que les deux domaines sont liés (arrêt du T.P.I., 26 janvier 2005, *Piau c. Commission*, T-193/02).

Groupes d'entreprises

Le T.P.I. rappelle la jurisprudence concernant l'imputabilité des comportements à l'intérieur d'un groupe. L'arrêt concerne le marché des graphites spéciaux. Diverses entreprises y avaient conclu un accord sur les prix. Ce type d'accord est interdit en raison de son objet, indépendamment de ses effets, tant l'infraction est réputée grave. La Commission avait considéré que deux des entités concernées, les firmes Intech EDM BV (Pays-Bas) et Intech EDM AG (Suisse) constituaient une même entreprise. La question se posait de savoir si cette analyse était correcte, et quelles conséquences pouvaient en être déduites. Le T.P.I. observe que la seconde entité est une filiale à 100% de la première. Dans un tel cas, la jurisprudence présume que la filiale applique les décisions de la société mère sauf preuve contraire apportée par les parties. A partir du moment où les entités forment une entreprise, elles sont solidairement responsables de l'acte qui est reproché à l'une d'entre elles (arrêt du T.P.I., T-71/03, T-74/03, T-87/03 et T-91/03, *Tokai Carbon* et al. c. *Commission européenne*, 15 juin 2005) (7).

(7) Cet arrêt a été rendu dans le cadre d'une procédure en annulation dirigée contre la décision C(2002) 5083 final de la Commission, du 17 décembre 2002, concernant une procédure d'application de l'article 81 du Traité CE et de l'article 53 de l'accord E.E.E. (affaire COMP/E-2/37.667, *graphites spéciaux*).

Partage de marchés

Dans un autre arrêt, le T.P.I. analyse comme une infraction « en soi » une convention par lesquelles des entreprises se partagent des marchés. Cette qualification implique que les comportements ne peuvent être justifiés. Dans l'affaire en cause, des brasseries luxembourgeoises s'étaient réparties entre elles les débits où seraient vendues leurs bières respectives. Elles s'étaient aussi promises une aide réciproque pour empêcher l'entrée de concurrents étrangers, en usant de leur pouvoir de négociation à l'égard des débits intéressés par une diversification de leur approvisionnement. La jurisprudence est rappelée. Soit une convention a pour objet de restreindre la concurrence : elle doit être interdite sans même que son effet doive être analysé. Soit la convention a pour effet de restreindre la concurrence : il faut alors examiner si l'accord a une importance mineure au sens de la communication adoptée sur ce point par la Commission; s'il a un effet sensible sur la concurrence; et, dans le cas où une réponse positive est donnée aux deux premières questions, s'il est compensé éventuellement par des avantages justifiant une dérogation au titre de l'article 81, § 3, CE (T.P.I., T-49/02 à T-51/02, *Brasserie nationale s.a. et al. c. Commission*, 27 juillet 2005) (8).

CONCURRENCE - CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

Affaire Tetra Laval. — Dans de précédentes chroniques, nous avons indiqué que le T.P.I. reprochait à la Commission de ne pas motiver ses décisions avec assez de soin. Durant la période sous recension, la C.J.C.E. s'est prononcée sur un arrêt rendu en ce sens par le T.P.I. (pourvoi). Cet arrêt concernait une concentration projetée entre deux sociétés françaises, Tetra Laval et Sidel. Les deux entreprises sont actives sur des marchés complémentaires, dans le domaine de l'emballage pour les liquides alimentaires (lait, jus, etc.) (9). Selon

(8) Cet arrêt a été rendu dans le cadre d'une procédure en annulation dirigée contre la décision 2002/759/CE de la Commission, du 5 décembre 2001, relative à une procédure d'application de l'article 81 du Traité CE (affaire COMP/37.800/F3, *Brasseries luxembourgeoises*), J.O. L 253, 2002, p. 21.

(9) La première entreprise est bien connue du public. Elle comporte dans son giron la société Tetra Pak, qui détient une position dominante sur le marché mondial pour l'emballage des liquides alimentaires dans des récipients en carton. Sa position couvre tant le marché des emballages proprement dits (boîtes en carton) que celui des équipements requis pour fabriquer ces cartons et pour emballer les produits. La seconde société (Sidel) est moins connue, bien qu'elle détienne une position « prééminente » (*leadership*, sans domination) sur le marché des emballages en plastique. A ce jour, ces emballages sont moins utilisés pour les liquides alimentaires dits sensibles. En effet, ils ne protègent pas suffisamment ces produits, selon le cas, contre la lumière, ou contre l'oxygène. Une seconde difficulté est que le traitement de ces produits avec la technologie « plastique » doit pour l'instant se dérouler en plusieurs étapes, et être réalisée par des entreprises différentes. Ce processus

(4) En ce compris les conséquences produites par le défaut d'exécution, sur les intérêts privés et publics.
(5) Dans la pratique, la C.J.C.E. se fonde aussi sur des lignes directrices proposées par la Commission tout en se déclarant libre à l'égard de ses indications. Voy. communication 97/C 63/02 de la Commission, du 28 février 1997, concernant la méthode de calcul de l'astreinte prévue à l'article [228] du Traité CE, J.O. C 63, p. 2. Voy. aussi les arrêts du 4 juillet 2000, *Commission c. Grèce*, C-387/97, *Rec.*, P I-5047, et du 25 novembre 2003, *Commission c. Espagne*, C-278/01, *Rec.*, p. I-14141.

(6) Fédération internationale de football - International Football Association.

l'analyse traditionnelle, l'affaire constitue une « concentration de conglomerats » (10). En principe, de telles opérations ne nuisent pas à la concurrence (11). Mais l'opération avait été interdite par la Commission.

Domination possible sur un marché. — Tout d'abord, la Commission craignait que l'opération permette à Tetra Laval d'utiliser le pouvoir qu'elle détenait sur le marché des cartons pour imposer les produits que Sidel vendait sur d'autres marchés complémentaires. A l'époque des faits, les concentrations étaient soumises à l'approbation de la Commission lorsqu'elles créaient ou renforçaient une position dominante. Or, l'effet produit par la concentration, dans l'affaire analysée, était la possibilité, pour Tetra Pak, d'utiliser, après l'opération, sa puissance, comme un levier, pour imposer les produits de Sidel. Un risque était ainsi créé, sans qu'il résulte de l'opération elle-même qu'une position dominante serait créée ou renforcée. Cela suffisait, selon la Commission, pour interdire l'opération, sur la base du règlement sur les concentrations.

Juridictions. — Le T.P.I. (recours) et la C.J.C.E. (pourvoi) donnent raison à la Commission, sur le principe. En application du règlement sur les concentrations, il est permis, selon les deux juridictions, d'interdire une concentration, lorsque la création ou le renforcement d'une position dominante ne résulte pas de la seule opération. Il faut toutefois que le lien entre l'opération et l'effet indésirable soit suffisamment précis, direct et nécessaire. Des preuves solides sont attendues de la part de la Commission. En l'occurrence, ces preuves n'étaient pas apparues assez convaincantes.

Domination renforcée sur un autre marché. — Seconde raison invoquée par la Commission pour interdire l'opération : l'opération aurait permis à Tetra Pak de renforcer encore sa position sur les marchés de carton, notamment en faisant disparaître la menace émanant de Sidel qui, si elle n'entrait pas dans le groupe, pourrait, un jour, décider de se présenter sur ces marchés.

porte atteinte à l'« asepsie » des produits concernés, et donc, également, à la durée de leur conservation. Sidel a mis au point des machines qui sont utilisées dans l'emballage des produits avec l'usage de cette technologie « plastique ». Par ailleurs, elle a réalisé des progrès importants dans la recherche de processus permettant de tempérer les deux inconvénients mentionnés ci-dessus, et qui concernent l'usage de la technologie « plastique » pour emballer des produits alimentaires sensibles.

(10) En droit européen de la concurrence cette terminologie désigne les concentrations qui ne sont, à proprement parler, ni horizontales, ni verticales. Ces concentrations n'ont pas lieu entre des entreprises situées au même niveau (« opérations horizontales ») ou à des niveaux distincts (« opérations verticales ») de la chaîne économique.

(11) Elles n'unissent pas des entreprises concurrentes, dont l'union ferait disparaître la rivalité réciproque. Il s'agit plutôt d'opérations par lesquelles un groupe s'efforce de combiner des activités pour offrir un large assortiment à ses clients. De telles opérations présentent divers avantages : outre celui d'offrir un choix plus large aux clients, elles rendent souvent possibles des économies d'échelle.

Juridictions. — Sur ce point, la décision rendue par la Commission fut annulée par le T.P.I. (recours). Pour cette juridiction, la suppression de la concurrence potentielle ne signifie pas automatiquement un accroissement de la position dominante. Ce point est confirmé par la C.J.C.E. (pourvoi). Pour celle-ci, la Commission aurait dû démontrer dans quelle mesure la diminution de la concurrence potentielle entraînait, dans les faits, un renforcement de la position dominante.

Engagements de nature comportementale. — Autre point saillant : dans sa décision, la Commission avait refusé de considérer les engagements proposés par Tetra Pak lorsque cette dernière s'était vu annoncer que l'opération serait sans doute refusée. Ces engagements étaient de nature comportementale : l'entreprise s'engageait à ne pas faire usage de sa domination dans les marchés de carton comme un levier permettant d'imposer les produits Sidel. Ces engagements avaient été écartés par la Commission, au motif que, en raison de leur nature, de tels engagements n'offrent pas de garantie suffisante.

Juridictions. — Cette position de principe ne plut pas au T.P.I., qui annula la décision sur ce point et est confirmé par l'arrêt recensé (C.J.C.E., pourvoi). Pour les deux juridictions, on ne peut exclure, par principe, les engagements de nature comportementale. Il faut démontrer que, dans les cas concernés, de tels comportements ne fournissent pas de garantie suffisante.

Actualité de l'arrêt. — L'arrêt a été rendu sur la base du règlement en vigueur au moment des faits (12). Mais ce règlement a été modifié depuis lors (13). Les critères concernant l'interdiction des concentrations ont notamment été amendés. Autrefois, l'interdiction pouvait être prononcée lorsque l'opération créait ou renforçait une position dominante. Désormais, les opérations pourront être interdites dès qu'elles entravent de manière significative la concurrence effective dans le marché intérieur. Faut-il en déduire que l'arrêt a perdu son actualité ? Il nous semble que non, bien au contraire.

L'arrêt confirme l'intuition ayant conduit la Commission à interdire une opération, sous l'empire de l'ancien règlement, lorsqu'une opération met en danger la structure de la concurrence, sans modifier cette structure par elle-même. Sur ce principe, son attitude a été acceptée par le T.P.I. et la C.J.C.E. (telle est du moins l'analyse que nous faisons des arrêts rendus dans l'affaire par les deux juridictions). Certes, la décision adoptée par la Commission a été annulée. Mais cette annulation est intervenue en raison de l'application défectueuse donnée par la Commission au principe qu'elle avait posé (14). Pour interdire

(12) Voy. le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *J.O.* L 395, p. 1, et rectificatif *J.O.* L 257, 1990, p. 13, tel que modifié par le règlement (CE) n° 1310/97 du Conseil, du 30 juin 1997, *J.O.* L 180, p. 1.

(13) Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises *J.O.* L 024, 2004, p. 1

(14) En particulier, le T.P.I. et la C.J.C.E. ont reproché à la Commission de n'avoir pas établi à suffisance

une opération sur de telles bases, elle doit veiller à produire des preuves solides (15) (arrêt de la C.J.C.E., du 15 février 2005, *Commission européenne c. Tetra Laval*, C-12/03 P)(16). La Commission est ainsi avertie du niveau de preuve que pourraient requérir les juridictions communautaires dans l'application du nouveau règlement lorsque les atteintes à la concurrence ne résultent pas de la création ou de renforcement d'une position dominante...

LIBÉRALISATION SUR LES MARCHÉS DE L'ÉLECTRICITÉ

Durant la période sous recension, la C.J.C.E. a rendu un arrêt préjudiciel concernant les avantages qui sont accordés par certains Etats membres aux anciens monopoles sur les marchés de l'électricité, alors que ces marchés ont été ouverts à la concurrence (17). En l'occurrence, le législateur néerlandais avait réservé à l'ancien monopole national SEP une partie de la capacité disponible sur le réseau national pour lui permettre d'importer de l'électricité en application de contrats conclus avant la libéralisation. Ces contrats portaient sur un approvisionnement de longue durée. Ils impliquaient un coût élevé pour la SEP, entre-temps devenue la NEA. La seule manière, pour cette entreprise, de rentabiliser ces approvisionnements, était de vendre en volume suffisant cette électricité obtenue à l'importation. Cela impliquait que l'entreprise se voie reconnaître une priorité dans l'attribution d'une partie de la capacité disponible sur le réseau.

La C.J.C.E. juge que, par cette mesure nationale, des entreprises se trouvant en situation

ce l'effet anticoncurrentiel (levier) et le renforcement de la position dominante (marchés dominés par Tetra Pak). Voy. ci-dessus.

(15) Faut-il alors considérer que le degré d'exigence dans la preuve est modifié par le nouveau règlement ? A nouveau, il nous semble que non. Lorsque l'opération crée ou renforce une position dominante, l'interdiction s'impose (sauf si une justification convaincante peut être avancée, par exemple la nécessité de sauver une entreprise défaillante ou encore des gains substantiels en efficacité qui profiteront aux consommateurs dans une mesure équitable). Elle s'impose aussi lorsque, sans conduire à un tel résultat, l'opération nuit gravement à la concurrence effective sur le marché commun. Mais les preuves qui devront être fournies, dans ce second cas, et les arguments avancés par la Commission pour réfuter les justifications, devront sans doute être d'autant plus convaincantes que l'effet sera réduit.

(16) L'arrêt a été rendu sur pourvoi dirigé contre l'arrêt du T.P.I., du 25 octobre 2002, *Tetra Laval c. Commission*, T-5/02. Ce dernier arrêt a été rendu dans une procédure en annulation dirigée contre la décision 2004/124/CE de la Commission, du 30 octobre 2001, déclarant une opération de concentration incompatible avec le marché commun et l'accord E.E.E. (affaire COMP/M.2416, *Tetra Laval c. Sidel*, *J.O.* L 43, 2004, p. 13).

(17) Voy. notamment la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 décembre 1996, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *J.O.* L 27, 1997, p. 20.

2005

631

apparemment identique ne sont pas traitées de manière similaire. En application de la jurisprudence, une telle situation est contraire au Traité CE sauf si elle peut être expliquée par une justification objective. En l'occurrence, les Pays-Bas mettaient en avant différentes justifications. Chacune sera toutefois rejetée par la Cour.

Intérêt général. — Les contrats mis en avant par la SEP/NEA avaient-ils été conclus dans le cadre de services d'intérêt économique général avant la libéralisation? Cette circonstance permet sans doute des mesures spécifiques. Toutefois, de telles mesures ont été prévues par la directive et le gouvernement hollandais ne s'en est pas prévalu.

Refus d'accès. — Les directives d'harmonisation permettent-elles au gestionnaire de refuser, dans certaines circonstances, l'accès au réseau, un refus pouvant être expliqué par une priorité à accorder à l'ancien monopole national en application de dispositions antérieures? Un tel refus peut seulement intervenir dans des circonstances, et à des conditions, particulières, qui ne sont pas en cause ici.

Principes généraux. — La confiance légitime et la sécurité juridique impliquent-elles que des contrats antérieurs doivent être honorés aux conditions alors prévues? Le législateur communautaire ne peut s'engager à laisser inchangées les règles en vigueur à un moment donné de l'histoire (arrêt de la C.J.C.E., du 7 juin 2005, C-17/03, *Vereniging voor Energie, Milieu en Water*).

Ces mesures communautaires prévoient, il est vrai, que l'assureur peut refuser, dans certaines circonstances d'indemniser les victimes. Toutefois, ce sont alors des dérogations et elles doivent être interprétées de manière restrictive. Selon la Cour, une réglementation nationale refusant au passager le droit d'être indemnisé porte atteinte à l'effet utile des directives lorsqu'elle aurait un effet disproportionné. Une telle limitation ne peut intervenir que dans des circonstances exceptionnelles. Le fait que le passager soit le propriétaire est sans incidence. Il doit être assimilé aux autres victimes. Une telle solution globale correspondrait à l'esprit de la directive. Il est en effet dans l'intérêt des victimes, que (les clauses de) certaines clauses d'exclusion soient limitées aux relations entre l'assureur et le responsable de l'accident (arrêt de la C.J.C.E., du 30 juin 2005, *Candolin*, C-537/03).

CONTENTIEUX ET DROIT DE LA CONCURRENCE

Renvoi préjudiciel par une autorité nationale

Dans une affaire, la question était de savoir si une autorité nationale de la concurrence peut adresser un renvoi préjudiciel à la C.J.C.E. Il s'agissait, en l'occurrence, de la « commission hellénique de la concurrence ». L'arrêt est clair : selon la C.J.C.E., cette commission n'est pas une juridiction, elle ne peut donc poser des questions préjudicielles, lesquelles sont réservées par l'article 234 CE aux entités ayant une nature juridictionnelle.

Premier argument. — Un tel organe manque de l'indépendance requise pour constituer une juridiction. Certes, la commission hellénique était composée, pour partie en tout cas, d'un personnel indépendant, obéissant seulement à la loi et à leur conscience dans l'exercice de leur activité. Il reste que les décisions prises par la commission sont soumises, dans certains cas, à une tutelle politique. Cette tutelle permet au ministre compétent de contrôler, dans certaines limites, les décisions prises par la commission. Des pressions et des interventions ne peuvent donc être exclues, de la part de l'exécutif.

Second argument. — Une autorité nationale de la concurrence est de même nature que la Commission européenne. Celle-ci peut en effet intervenir dans les affaires traitées par ces autorités, et évoquer celles qui lui paraissent devoir l'être. Or, la Commission européenne est une autorité administrative et non pas une juridiction. Se trouvant sur le même plan, une autorité nationale de la concurrence doit également être analysée comme ayant une telle nature administrative.

sultant de la circulation des véhicules automoteurs, *J.O.* L 8, 1984, p. 17; et la troisième directive 90/232/CEE du Conseil, du 14 mai 1990, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs, *J.O.* L 129, p. 33.

Que déduire de l'arrêt? Une autorité nationale de la concurrence éprouvant une difficulté dans l'application du droit communautaire de la concurrence doit résoudre cette difficulté au moyen des procédures qui sont prévues pour la mettre en relation avec la Commission (19). La décision qu'adoptera une telle autorité nationale au terme de la procédure intentée devant elle pourra faire l'objet d'un recours juridictionnel, si le droit interne le prévoit. Dans le cadre de la procédure devant cette juridiction, un renvoi préjudiciel pourra, le cas échéant, être adressé à la C.J.C.E.

L'arrêt est important : on sait que les autorités nationales de la concurrence ont acquis un rôle important avec la décentralisation du droit européen de la concurrence. En application de ce processus, les articles 81 et 82 CE sont appelés à être appliqués, dans une grande mesure, par ces autorités, plutôt que par la Commission (20). Toutefois, l'arrêt concerne-t-il seulement la commission hellénique ou peut-il être généralisé à l'ensemble des autorités qui ont été mises en place par les Etats membres pour l'application des règles communautaires de la concurrence? Il faut répondre par la positive à cette question. La C.J.C.E. prête, en effet, par assimilation, à ces autorités nationales, la nature administrative, et non pas juridictionnelle, qui caractérise la Commission européenne. Etant de même nature que la Commission européenne, ces autorités ne peuvent prétendre au statut juridictionnel. Il est logique d'en déduire que, par conséquent, elles ne sont pas recevables à poser des questions préjudicielles à la C.J.C.E. (arrêt de la C.J.C.E. du 31 mai 2005, *Syfait*, C-53/03).

Le droit de plainte et l'article 86 CE

Une autre affaire concernait la possibilité, pour un plaignant, de contraindre la Commission européenne à entamer une procédure à l'encontre d'un Etat membre qui se trouverait, selon la plainte, en violation d'une interdiction formulée à l'article 86 CE. Cette disposition concerne les entreprises publiques, celles auxquelles les Etats membres accordent des droits spéciaux et/ou exclusifs; ainsi que les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général (21). Elle prévoit, en substance, que les règles du Traité CE

(19) A ce sujet, voy. le règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2003, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, *J.O.* L 1, p. 1.

(20) Rappelons que les juridictions nationales sont aussi compétentes pour appliquer les règles communautaires de la concurrence. Dans ce domaine, elles interviennent principalement, conformément aux règles internes, dans les litiges où sont mis en cause des droits subjectifs. Sur le sujet, voy. le règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, *J.O.* L 001, 4 janvier 2003, pp. 0001-0025; dans la doctrine, voy. *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence - Un rôle accru pour le praticien?*, sous la coordination de P. Nihoul, Bruylant, 2004; et A. Puttemans et al., *Aspects récents du droit de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

(21) Ou encore les entreprises chargées d'un monopole fiscal (art. 88, § 2, CE).

RESPONSABILITÉ CIVILE

L'arrêt suivant (rendu sur question préjudicielle) concerne l'assurance obligatoire en responsabilité civile des véhicules automobiles. L'affaire — finnoise — naît à partir d'un accident de roulage impliquant un véhicule comportant plusieurs passagers. Le conducteur était en état d'ivresse, ainsi d'ailleurs que les autres occupants. Il est condamné à une peine d'emprisonnement, et à une sanction civile (indemnisation des victimes). La question se posait de savoir dans quelle mesure la compagnie assurant le véhicule peut être tenue d'indemniser les victimes. En l'occurrence, la compagnie excipait d'une disposition nationale écartant l'indemnisation lorsque les victimes se trouvent également à l'origine d'un dommage. En l'occurrence, les victimes savaient que le conducteur était en état d'ivresse. Elles l'avaient laissé prendre le volant. Elles avaient donc accepté les risques découlant de cette situation et devaient en supporter les conséquences.

Ce raisonnement tenu par la compagnie d'assurance est écarté par la C.J.C.E. La responsabilité civile a fait l'objet d'une harmonisation, au sein de l'Union, dans les matières concernant les véhicules automobiles (18).

(18) Voy. notamment la deuxième directive 84/5/CEE du Conseil, du 30 décembre 1983, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'assurance de la responsabilité civile ré-

s'appliquent à de telles entreprises, mais qu'une dérogation peut être accordée dans des cas spécifiques.

Cette question se trouve à la jonction de deux jurisprudences distinctes, et contraires. D'un côté, la jurisprudence en matière de concurrence permet au plaignant de faire contrôler, par une juridiction communautaire (depuis 1988, le T.P.I.), le refus manifesté par la Commission d'entamer une procédure à l'encontre d'une entreprise qui, selon la plainte, enfreint le droit communautaire (de la concurrence). D'un autre côté, la jurisprudence institutionnelle ne permet pas à un particulier (personne physique ou morale) de contraindre la Commission à introduire une procédure en manquement à l'encontre d'un Etat membre. Dans les relations avec les Etats membres, la Commission entend rester libre de toute pression émanant de particuliers, et son souci d'autonomie a été respecté sur ce point jusqu'à présent par les juridictions communautaires (22).

L'arrêt se trouve à la jonction de ces deux jurisprudences, car elle concerne le droit de la concurrence, et, en même temps, une procédure à diriger le cas échéant contre un Etat membre. En l'occurrence, un opérateur mobile autrichien se plaignait des avantages, selon lui illégitimes, accordés, par l'Etat autrichien, à l'ancien opérateur (public) national, dans l'attribution des licences pour l'exploitation de services mobiles de télécommunications. Une plainte fut adressée à la Commission, pour que cette dernière réagisse contre le comportement prétendu illégitime adopté par l'Etat autrichien. La plainte fut rejetée par la Commission, et le plaignant introduisit un recours contre ce rejet devant le T.P.I.

Le T.P.I. donna raison au plaignant. Pour la juridiction, l'affaire concerne le droit de la concurrence. Ce sont donc les principes du droit de la concurrence qui doivent s'appliquer. Or, un de ces principes est que toute entreprise a droit à un traitement diligent et impartial des plaintes qu'elle soumet à la Commission. Une telle obligation n'a de portée effective que si le respect de ce droit est assuré par une juridiction, d'où la nécessité de déclarer recevable, selon le T.P.I., les recours introduits par des particuliers (personnes morales ou physiques) contre le rejet d'une plainte déposée au titre de l'article 86 CE.

Le T.P.I. n'est pas suivi par la C.J.C.E. Celle-ci donne préférence à l'application de la jurisprudence institutionnelle concernant les recours en manquement. Comme indiqué, cette jurisprudence ne permet pas à un particulier de mettre en cause le refus, par la Commission, d'introduire un recours en manquement contre un Etat membre. Cette jurisprudence doit s'appliquer, selon la Cour, dans le cadre de l'article 86 CE également. On notera que la C.J.C.E. intervient ici en garante des équilibres institutionnels. Elle souhaite laisser à la

Commission la possibilité de déterminer elle-même, en fonction de ses priorités, si un recours doit ou non être introduit, lorsque l'autre partie est un Etat membre (23) (arrêt de la C.J.C.E., du 22 février 2005, *T-Mobile Austria*, C-141/02 P).

LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS ET DES PERSONNES

Comme on le sait, le Traité original prévoyait au titre des quatre grandes libertés, la libre circulation des travailleurs, cette liberté ayant ensuite été étendue à la libre circulation des personnes à laquelle la Cour de justice a donné une interprétation extensive compte tenu notamment de la citoyenneté européenne consacrée par l'article 18 du Traité de la CE.

En matière de libre circulation des travailleurs, la Cour a eu l'occasion, à nouveau, de condamner des dispositions nationales discriminatoires vis-à-vis de travailleurs ressortissants d'un autre Etat membre de l'Union. Ainsi, la législation allemande limite le remboursement des frais de déplacement des stagiaires, candidats à un emploi dans la magistrature ou la haute fonction publique, au montant d'un aller-retour jusqu'à la frontière allemande si le stage s'effectue pour partie dans un autre Etat membre alors que lorsque le stage s'effectue en Allemagne, l'intégralité des frais de déplacement est remboursée. Les considérations budgétaires ne peuvent justifier une telle entrave (arrêt de la C.J.C.E., 17 mars 2005, C-109/04, *Kranemann*).

La Cour a également condamné la République italienne au motif que celle-ci ne prend pas en compte de manière identique, lors de la participation aux concours de recrutement du personnel enseignant de l'école publique italienne, l'expérience professionnelle acquise par les ressortissants communautaires dans les activités d'enseignement selon que ces activités ont été exercées sur le territoire national ou dans d'autres Etats membres (C.J.C.E., 12 mai 2005, C-278/03, *Commission c. République italienne*) (24).

La libre circulation des personnes, quant à elle, est progressivement entrée dans les textes tout comme la citoyenneté européenne. Les limites à cette liberté sont interprétées de manière restrictive par la Cour de justice. Dès

lors, les mesures nationales de contrôle ou d'éloignement ne seront admises que si elles sont justifiées par un objectif d'ordre public, de santé publique ou de sécurité publique ou encore par un objectif d'intérêt général tel l'équilibre des finances publiques de l'Etat d'accueil. C'est ce que confirme la Cour dans l'affaire *Oulane*. La reconnaissance par un Etat membre (en l'espèce les Pays-Bas) du droit de séjour d'un destinataire de services, ressortissant d'un autre Etat membre, ne peut pas être subordonnée à la présentation d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité, lorsque la preuve de son identité et de sa nationalité peut être rapportée par d'autres moyens, sans aucune équivoque. Il ne peut être exigé des ressortissants des autres Etats membres qu'ils soient toujours porteurs d'un document d'identité alors qu'une telle obligation n'existe pas à charge des ressortissants nationaux. Une mesure de détention d'un ressortissant d'un autre Etat membre aux fins de son éloignement, prise sur le fondement de la non-présentation d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité, en l'absence d'atteinte à l'ordre public, ne peut être admise. Toutefois, les ressortissants d'un Etat membre qui séjournent dans un autre Etat membre en qualité de destinataires de services doivent pouvoir apporter la preuve du caractère régulier de leur séjour (arrêt de la C.J.C.E., 17 février 2005, C-215/03, *Oulane*) (25).

Si les Etats membres peuvent toujours prendre une mesure d'éloignement justifiée par l'ordre public, une telle décision administrative doit pouvoir faire l'objet d'un droit de recours et celui-ci devient illusoire lorsque la réglementation d'un Etat membre ne confère pas d'effet suspensif à un tel recours juridictionnel. Cet effet suspensif doit être automatique. Il ne suffit pas que la juridiction compétente soit habilitée à prononcer, sur demande de l'intéressé, et sous certaines conditions, le sursis à l'exécution de la décision mettant fin au séjour de celui-ci. En outre, l'intéressé doit être en mesure d'obtenir un examen exhaustif de tous les faits et circonstances, y compris de l'opportunité de la mesure envisagée, avant que la décision ne soit définitivement arrêtée. Sauf cas d'urgence, l'autorité administrative ne peut prendre sa décision qu'après avis donné par l'autorité compétente (arrêt de la C.J.C.E., 2 juin 2005, C-136/03, *Dörr*) (26).

Dans le même arrêt, la Cour estime que les principes ainsi admis dans le cadre de l'article 48 du Traité sur la libre circulation des travailleurs doivent être transposés, dans

(23) A cette jurisprudence, il existe une seule exception, et elle est bien connue. Elle concerne les aides d'Etat. Dans cette matière, le particulier a le droit de mettre en cause une décision prise par la Commission de considérer qu'une mesure nationale constitue, ou pas, une aide d'Etat. Cette exception reste toutefois limitée, le requérant devant, notamment, établir son intérêt à agir, de manière spécifique.

(24) Le manquement est condamné à la fois sur la base de l'article 39 du Traité CE consacrant la libre circulation des travailleurs et sur la base de l'article 3 du règlement CEE n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (*J.O.* L 257, p. 2).

(25) Il convient de noter que l'arrêt est également rendu sur la base de l'article 49 du Traité CE en matière de libre prestation des services et sur la base de l'article 4, § 2, 3°, de la directive 73/148/CEE du Conseil du 21 mai 1973, relative à la suppression des restrictions, au déplacement et au séjour des ressortissants des Etats membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation des services (*J.O.* L 172, p. 14).

(26) L'arrêt porte également sur l'interprétation des articles 8 et 9 de la directive 64/221/CE du Conseil du 25 février 1964 pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (*J.O.* L 56, 1964, p. 850).

(22) Du reste, les particuliers peuvent saisir les juridictions nationales et demander à ces dernières de faire constater le manquement. Si ces juridictions l'estiment nécessaire, elles ont la possibilité d'interroger la C.J.C.E. par la voie préjudicielle. La C.J.C.E. rendra, dans ce type de procédure, un arrêt préjudiciel, qui a tout de l'arrêt en manquement, sauf le nom.

la mesure du possible, aux ressortissants turcs bénéficiant des droits reconnus par la décision 1/80 du conseil d'association institué par l'accord sur l'association entre la Communauté économique européenne et la Turquie (27). Une telle interprétation de la Cour est justifiée par l'objectif consistant à réaliser graduellement la libre circulation des travailleurs turcs. Pour être effectifs, les droits individuels reconnus aux travailleurs turcs doivent pouvoir être invoqués par les travailleurs turcs devant les juridictions nationales. Dès lors, il est indispensable de reconnaître aux travailleurs turcs les mêmes garanties procédurales que celles accordées par le droit communautaire aux ressortissants des Etats membres.

Durant la période considérée, la Cour a également condamné l'Espagne pour avoir refusé un titre de séjour à un ressortissant d'un Etat tiers, membre de la famille d'un ressortissant communautaire, au seul motif que celui-ci aurait dû demander un visa avant d'entrer sur le territoire espagnol et non postérieurement. La Cour a retenu un second manquement à charge de l'Espagne du fait que le titre de séjour avait été délivré en l'espèce après dix mois de procédure alors que l'article 5, § 1^{er}, de la directive 64/221 pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour, justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, prévoit un délai de six mois (28) (arrêt de la C.J.C.E., 14 avril 2005, C 157/03, *Commission c. Espagne*).

8

SERVICES ET ÉTABLISSEMENT (29)

En réponse à des questions posées par une juridiction italienne, la Cour de justice a été amenée à se prononcer sur la compatibilité avec le droit d'établissement de la loi italienne sur l'accès à la profession d'avocat. Celle-ci subordonne l'exercice de la profession d'avocat à la réussite d'un examen d'Etat. Le jury compte, outre deux magistrats et un professeur d'université, deux avocats désignés par le Conseil national de l'Ordre des avocats italien. La Cour juge que la participation d'avocats au jury de l'examen d'Etat répond bien à une raison impérieuse d'intérêt général, à savoir la nécessité d'évaluer le mieux possible les aptitudes et les capacités des personnes appelées à exercer cette profession. La participation d'avocats au jury est ainsi propre à garantir la réalisation de cet objectif en ce sens que les avocats possèdent une ex-

périence professionnelle les rendant particulièrement aptes à évaluer les candidats au regard des exigences spécifiques de leur profession (arrêt de la C.J.C.E., 17 février 2005, C-250/03, *Mauri*) (30).

Une juridiction italienne avait également interrogé la Cour à propos de la perception d'une taxe communale sur la publicité à laquelle sont notamment assujetties les prestations de services d'affichage ayant un caractère transnational en raison du lieu d'établissement soit du prestataire, soit du destinataire de services. La Cour rappelle que l'article 49 du Traité consacrant la libre prestation des services exige la suppression de toute restriction à cette liberté, même si cette restriction s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux d'autres Etats membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou à gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre où il fournit légalement des services analogues. En l'espèce, la perception de la taxe se fait sans aucune distinction tenant au lieu d'établissement du prestataire ou destinataire des services d'affichage ou tenant au lieu d'origine des produits ou des services qui font l'objet des messages publicitaires diffusés. Dans ces conditions, la perception d'une telle taxe n'est pas de nature à prohiber, gêner ou rendre moins attrayantes les prestations de services publicitaires devant être effectuées sur le territoire des communes concernées et qui ont un caractère transnational (arrêt de la C.J.C.E., 17 février 2005, C-134/03, *Viacom Outdoor*).

Par contre, une législation fiscale attribuant un crédit d'impôt recherche aux seules recherches effectuées sur le territoire national est bien elle, contraire à l'article 49 du Traité sur la libre prestation des services (arrêt de la C.J.C.E. du 10 mars 2005, *Laboratoires Fournier*, C-39/04).

Par ailleurs, une réglementation nationale interdisant à un opticien diplômé d'exploiter plus d'un magasin d'optique constitue une restriction à l'article 43 du Traité sur le droit d'établissement. Il en est de même de la réglementation subordonnant la possibilité pour une personne morale d'ouvrir un magasin d'optique à différentes conditions : l'exploitation du magasin d'optique par un opticien personne physique agréée, la détention par cet opticien agréé de 50% au moins du capital de la société, cette dernière devant nécessairement avoir la forme d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite, l'opticien agréé ne pouvant en outre participer à une autre société propriétaire d'un magasin d'optique. L'objectif de protection

(30) Une autre question préjudicielle portait sur l'application du droit de la concurrence à la manière dont le jury est constitué. Sur ce point, la Cour estime que l'Etat italien n'a pas retiré à la réglementation relative à l'accès à la profession d'avocat, son caractère étatique puisqu'il occupe une place substantielle au sein du jury, que le ministère de la Justice dispose d'importantes compétences lui permettant de contrôler à chaque stade les travaux du jury et d'intervenir dans ces travaux. Au surplus, une éventuelle décision négative du jury peut faire l'objet d'un recours devant le juge administratif qui procède alors à son réexamen. Par conséquent, l'article 81 du Traité qui concerne les décisions entre opérateurs privés est inapplicable en l'espèce.

de la santé publique invoqué en l'espèce par la Grèce est susceptible d'être atteint au moyen de mesures moins restrictives de la liberté d'établissement tant des personnes physiques que des personnes morales, par exemple, la présence d'opticiens diplômés salariés ou associés dans chaque magasin d'optique, l'application des règles en matière de responsabilité civile du fait d'autrui et l'obligation pour les opticiens de souscrire une assurance en responsabilité professionnelle (arrêt de la C.J.C.E., 21 avril 2005, C-140/03, *Commission c. Grèce*).

En matière de droit du travail, la Cour de justice a consacré le droit d'un Etat membre d'imposer à une entreprise établie dans un autre Etat membre qui effectue une prestation de services sur son territoire, le salaire minimal applicable légalement dans l'Etat d'accueil. Cette jurisprudence a été consacrée par la directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs, effectué dans le cadre d'une prestation de services. Dans le cadre d'un recours en manquement intenté par la Commission contre l'Allemagne, les parties étaient en désaccord quant à la méthode à appliquer pour comparer le salaire minimal dû en Allemagne et la rémunération versée effectivement par les employeurs établis dans d'autres Etats membres à leurs travailleurs détachés. La Cour considère que le salaire pour les heures supplémentaires, les cotisations au régime complémentaire de retraite professionnelle, le remboursement des dépenses effectivement encourues, les sommes forfaitaires calculées sur une base autre que la base horaire et toutes majorations et suppléments qui modifient le rapport entre la prestation du travailleur et la contrepartie financière que celui-ci perçoit ne font pas partie du salaire minimal. A l'inverse, les majorations et suppléments qui ne sont pas définis en tant qu'élément faisant partie du salaire minimal mais qui ne modifient pas le rapport entre la prestation du travailleur et la contrepartie financière que celui-ci perçoit, font bien partie du salaire minimal (arrêt de la C.J.C.E., 14 avril 2005, C-341/02, *Commission c. Allemagne*).

9

LIBRE CIRCULATION DES MARCHANDISES

L'article 31, § 1^{er}, du Traité CE prescrit l'aménagement des monopoles nationaux présentant un caractère commercial de manière à assurer dans des conditions d'approvisionnement et de débouchés, l'exclusion de toute discrimination pour les ressortissants des Etats membres (31). Une juridiction suédoise a interrogé la Cour de justice sur la compatibilité avec cette disposition de la législation suédoise prévoyant que le commerce de détail des médicaments ne peut être exercé que par l'Etat ou une personne morale sur laquelle l'Etat a une influence dominante. Après avoir constaté que le régime de

(31) Voy. l'arrêt de principe rendu par la Cour le 3 février 1976, *Manghera*, 59/75, *Rec.*, p. 91.

vente des médicaments en Suède constitue bien un monopole national présentant un caractère commercial au sens de l'article 31, § 1^{er}, la Cour constate que le système suédois ne garantit pas l'exclusion de toute discrimination puisque les producteurs dont les produits ne sont pas sélectionnés par le monopole ne sont pas en droit d'obtenir communication des motifs de la décision de sélection et n'ont pas la possibilité de contester cette décision devant une instance de contrôle indépendante. La Cour ajoute que l'article 86, § 2, du Traité CE permettant l'octroi, par un Etat membre, à une entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique général, de droits exclusifs contraires à l'article 31, § 1^{er}, du Traité CE dans la mesure où l'accomplissement de la mission particulière qui lui a été impartie ne peut être assurée que par l'octroi de tels droits et pour autant que le développement des échanges ne soit pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté, ne s'applique pas en l'espèce. Cette disposition ne peut en effet justifier un système qui n'exclut pas toute discrimination à l'égard des médicaments en provenance des autres Etats membres (arrêt de la C.J.C.E. du 31 mai 2005, C-438/02, *Hanner*).

10 DROIT FISCAL (32)

Pension alimentaire

Les pensions alimentaires versées à un ancien conjoint sont soumises à l'impôt en Allemagne, dans le chef du « bénéficiaire ». Elles peuvent par ailleurs être déduites, dans le chef du « payeur ». Dans une affaire soumise à la Cour, un ressortissant allemand, résidant en Allemagne, demandait la déduction, en Allemagne, de la pension versée à son ancienne épouse. Les conditions semblaient réunies en l'espèce pour obtenir la déduction. La pension était imposable dans le chef de la bénéficiaire même si, en l'espèce, aucun impôt ne devait être payé effectivement par cette dernière car la pension n'atteignait pas le seuil requis pour le déclenchement de l'impôt.

La difficulté venait de ce que l'ancienne épouse s'était installée en Autriche. Dans ce dernier pays, les pensions alimentaires ne sont pas taxables. Si la déduction en Allemagne avait été effectuée, il aurait sans doute été aisé, et tentant, pour des anciens époux, voire pour des époux au fait des subtilités de la législation fiscale, d'organiser leur vie sur un plan géographique, en prévoyant que le « payeur » reste en Allemagne, où il aurait bénéficié de la déduction, tandis que l'autre s'installerait dans un pays où la pension ne serait pas taxée, bénéficiant ainsi de l'immunité.

Pour rendre impossible une telle organisation, le législateur allemand introduisit une clause stipulant que les pensions payées dans un autre Etat membre ne sont pas déductibles en Allemagne lorsqu'elles ne sont pas taxées dans cet autre Etat Membre. Cette clause fut attaquée en l'espèce, sur la base du principe de discrimination. Dans son argumentation, le ressortissant allemand fit valoir qu'il aurait bénéficié de la déduction si son ancienne épouse avait résidé en Allemagne. L'absence de déduction possible résultait donc de la présence de son ancienne épouse dans un autre Etat membre, ce qui constituait une discrimination selon lui.

L'argument sera écarté par la Cour. Certes, la déduction aurait été possible en Allemagne, même dans une situation où, comme en l'espèce, aucun impôt n'aurait été payé dans ce pays en raison du montant trop limité de la pension. Il fallait toutefois tenir compte du fait que la déduction allait de pair avec le caractère imposable de la pension. En l'espèce, la pension n'était pas imposable en Autriche. Cela suffisait pour refuser la déduction. Une autre position aurait sans doute été adoptée, si la pension avait été imposable en Autriche même sans paiement effectif d'un impôt en raison du caractère limité de la pension (C.J.C.E., 12 juillet 2005, C-403/03, *Schempp*).

Impôt sur la fortune

Une autre affaire concerne l'impôt appliqué sur la fortune aux Pays-Bas. La législation applicable dans cet Etat prévoit que les résidents sont taxés sur leur patrimoine mondial, et confère un abattement. Les non-résidents sont taxés sur les biens dont ils disposent aux Pays-Bas (notamment les biens immobiliers), mais aucun abattement n'est accordé. Cette situation était mise en cause par un ressortissant allemand, qui avait placé environ 10% de sa fortune en biens immobiliers aux Pays-Bas. Cette personne demandait l'abattement accordé aux résidents néerlandais, arguant d'une discrimination fondée sur la résidence. Il faisait aussi valoir que cet abattement est conféré à des non-résidents dans certaines conventions bilatérales conclues par les Pays-Bas avec d'autres Etats membres. Comme résident allemand, il se sentait dans une position moins favorable que les résidents de ces pays ayant conclu de telles conventions et considérait qu'il y avait là aussi une forme de discrimination.

Les deux arguments furent rejetés par la Cour. Selon la jurisprudence, les Etats membres peuvent accorder aux résidents des avantages qu'elles refusent aux non-résidents. De telles mesures sont acceptables, lorsque les situations entre les deux catégories d'assujettis ne sont pas vraiment comparables. Une comparaison est souvent difficile, dans la mesure où seul l'Etat de la résidence est en mesure de calculer la capacité contributive globale de l'assujetti et d'accorder, à ce dernier, en fonction de cette capacité, le cas échéant, des abattements. Quant aux conventions bilatérales, elles répartissent la compétence fiscale entre les parties qui les ont conclues. Elles n'ont pas vocation à être invoquées par les ressortissants d'autres Etats, dans le but d'obtenir un

avantage prévu par ces conventions (C.J.C.E., 5 juillet 2005, C-376/03, *D.*).

11 EGALITÉ DE TRAITEMENT

Comme nous l'avions déjà souligné (33), le principe de l'égalité de traitement ou de la non-discrimination est un principe fondamental du droit administratif européen. Ainsi, le fait pour un Etat membre de réserver des prêts subventionnés couvrant les frais d'entretien aux étudiants « établis » sur son territoire en excluant qu'un étudiant ressortissant d'un autre Etat membre obtienne ce statut même s'il a établi un lien réel avec cet Etat du fait qu'il y séjourne légalement et qu'il y a effectué une partie importante de ses études secondaires, est contraire à l'article 12 du Traité interdisant toute discrimination exercée en raison de la nationalité (arrêt de la C.J.C.E., 15 mars 2005, C 209/03, *Bidar*).

C'est sur la base de la même disposition que la Cour de justice a considéré que l'article 2, § 7, de la Convention de Berne instaurant une règle de réciprocité en vertu de laquelle un pays de l'Union accorde le traitement national, c'est-à-dire la double protection au titre du droit des dessins et modèles et du droit d'auteur, uniquement si le pays d'origine de l'œuvre le permet, est constitutive d'une discrimination indirecte en raison de la nationalité. La Cour rappelle en effet qu'il résulte d'une jurisprudence constante que l'exécution des obligations que le Traité ou le droit dérivé impose aux Etats membres ne saurait être soumise à une condition de réciprocité (arrêt de la C.J.C.E., 30 juin 2005, C-28/04, *Tod's*).

12 PROTECTION DES CONSOMMATEURS

La directive 97/7/CE concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance protège les consommateurs par deux sortes de dispositions, d'une part l'obligation du vendeur de fournir diverses informations précises tant au moment de l'offre qu'après l'acceptation de celle-ci par le consommateur, d'autre part, par un droit de rétractation, sans frais et sans conditions, offert au consommateur.

La directive comprend néanmoins certaines exceptions et parmi celles-ci, les contrats de fourniture de services de transport. La Cour de justice a dû se prononcer sur l'inclusion dans cette notion, des contrats de fourniture de services de location de voiture. Elle a donné une réponse positive à cette question (arrêt de la C.J.C.E., 10 mars 2005, *Easycar*, C-336/03).

(33) Chronique semestrielle du 1^{er} janvier 2004 au 15 juillet 2004, *J.T.*, 2004, p. 712.

(32) Sur le sujet, voy. aussi la rubrique « services et droit d'établissement ».

L'article 234 du Traité CE permet aux juridictions nationales de poser à la Cour de justice des questions d'interprétation et de validité du droit communautaire. Il est donc important de savoir si l'autorité ou l'organisme qui pose une question préjudicielle est bien une juridiction au sens de cette disposition du Traité CE. Pour la Cour, un tribunal arbitral conventionnel comme le collège d'arbitrage de la commission de litiges voyagers en Belgique ne constitue pas une juridiction d'un Etat membre au sens de l'article 234 du Traité CE. En effet, il n'y a aucune obligation pour les parties contractantes de confier leur différend à l'arbitrage, les autorités publiques de l'Etat membre ne sont ni impliquées dans le choix de la voie de l'arbitrage, ni appelées à intervenir d'office dans le déroulement de la procédure devant l'arbitre (arrêt de la C.J.C.E., 27 janvier 2005, C-125/04, *Denuit*). Comme il a été indiqué sous la rubrique « Concurrence », la Cour s'est prononcée dans le même sens à propos de l'autorité hellénique de la concurrence (35). La Cour confirme ainsi une jurisprudence bien établie selon laquelle, pour apprécier si un organisme de renvoi possède le caractère d'une juridiction au sens de l'article 234 du Traité CE, question qui relève uniquement du droit communautaire, la Cour tient compte d'un ensemble d'éléments, tels l'origine légale de l'organe, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application par l'organe des règles de droit, ainsi que son indépendance (36).

14
COMPÉTENCE JUDICIAIRE INTERNATIONALE

La Convention du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

Dans deux arrêts, la Cour s'est prononcée sur la notion de « contrat conclu par un consommateur », ce type de contrat permettant l'application des dispositions spécifiques en matière de compétence prévues aux articles 13 à 15 de la Convention. Lorsqu'un consommateur reçoit une publicité lui laissant croire qu'il a gagné un prix consistant en une somme d'argent pour autant qu'il renvoie à l'expéditeur un « bon de paiement », sans devoir procéder à l'acquisition d'un produit ou d'un service pour obtenir ce prix, et que l'expéditeur de la publicité refuse ensuite de

lui accorder ce prix, le consommateur ne peut assigner l'expéditeur sur le fondement de l'article 13, 1^o, point 3, de la Convention de Bruxelles car aucun contrat n'a été conclu. La compétence des tribunaux peut, en revanche, être déterminée par l'article 5, point 1, de la même Convention si l'expéditeur a adressé à ce consommateur nominativement désigné un envoi de nature à donner l'impression qu'un prix lui sera attribué, si le « bon de paiement » a été retourné, si le consommateur a accepté les conditions stipulées par le vendeur et qu'il réclame effectivement le paiement du gain promis (arrêt de la C.J.C.E., 20 janvier 2005, C-27/02, *Engler*). Par ailleurs, les articles 13 à 15 de la Convention de Bruxelles ne sont pas applicables lorsque le contrat en cause concerne un bien destiné partiellement à un usage professionnel et partiellement à un usage privé, sauf si l'usage professionnel est marginal au point de jouer un rôle négligeable dans le contexte de l'opération en cause. Pour apprécier si l'usage professionnel est seulement marginal, le juge saisi devra considérer l'ensemble des circonstances objectives du dossier (arrêt de la C.J.C.E., 20 janvier 2005, C-464/01, *Gruher*).

La Cour a également eu l'occasion de rendre deux décisions relatives aux compétences en matière d'assurances. Une clause attributive de juridiction, stipulée conformément à l'article 12, point 3, de la Convention de Bruxelles, n'est pas opposable au bénéficiaire du contrat d'assurance qui n'a pas expressément souscrit au contrat d'assurance et qui a son domicile dans un Etat contractant autre que celui du preneur d'assurance et de l'assureur (arrêt de la C.J.C.E., 12 mai 2005, C-112/03, *Société financière et industrielle du Peloux*). Dans un autre arrêt en interprétation, la Cour de justice devait se prononcer sur la juridiction compétente dans le cas d'un appel en garantie entre assureurs, fondé sur un cumul d'assurances. Elle estime que les dispositions de la section 3 du titre II de la Convention de Bruxelles prévoyant des règles de compétence spéciale en matière d'assurances ne sont pas applicables. Par contre, l'article 6, point 2, de la Convention prévoyant qu'un défendeur peut être attrait devant le tribunal saisi de la demande originaire, dans le cas d'une demande en garantie ou d'une demande en intervention est bien applicable, pour autant qu'il existe un lien entre la demande originaire et la demande en garantie permettant de conclure à l'absence de détournement de for (arrêt de la C.J.C.E. du 26 mai 2005, C-77/04, *G.I.E. - Réunion européenne*).

Enfin, la Cour a interprété l'article 24 de la Convention de Bruxelles selon lequel « les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un Etat contractant peuvent être demandées aux autorités judiciaires de cet Etat, même si, en vertu de ladite Convention, une juridiction d'un autre Etat contractant est compétente pour connaître du fond ». Pour la Cour, une procédure d'audition de témoins afin d'évaluer l'opportunité d'introduire une action, d'en déterminer le fondement et d'apprécier la pertinence des moyens qui pourraient être invoqués, tels que prévus par le Code de procédure civile néerlandais n'est pas visé par l'article 24 de la Convention de Bruxelles (arrêt de la C.J.C.E. du

28 avril 2005, C-104/03, *St Paul Dairy Industries*).

Coopération judiciaire en matière pénale

La coopération judiciaire en matière pénale fait partie des nouvelles compétences de l'Union européenne et les décisions en cette matière sont donc appelées à devenir de plus en plus nombreuses. Durant la période considérée, la Cour a eu l'occasion d'interpréter le principe *non bis in idem* consacré à l'article 54 de la convention d'application de l'Accord de Schengen. Ce principe ne s'applique pas à une décision des autorités judiciaires d'un Etat membre déclarant une affaire clôturée après que le ministère public eût décidé de ne pas poursuivre au seul motif que des poursuites pénales avaient été engagées dans un autre Etat membre à l'encontre du même prévenu et pour les mêmes faits et ce, en l'absence de toute appréciation sur le fond (arrêt de la C.J.C.E., 10 mars 2005, C-469/03, *Miraglia*).

15
LE DROIT DES MARQUES

Directive de 1988

Comme par le passé, le droit des marques continue à alimenter de manière importante la jurisprudence de la Cour et du Tribunal (37). Dans un arrêt préjudiciel du 17 mars 2005, la Cour a interprété l'article 6, § 1^{er}, c, de la directive limitant la protection conférée par la marque et permettant son usage par un tiers lorsqu'elle est nécessaire pour invoquer la destination d'un produit ou d'un service pour autant que cet usage soit fait conformément aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.

La Cour constate que l'article 6, § 1^{er}, c, de la directive 89/104 ne fait aucune distinction entre les destinations possibles des produits lors de l'appréciation du caractère licite de l'utilisation de la marque, notamment quand il s'agit d'accessoires ou de pièces détachées. La condition d'usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale traduit l'obligation de loyauté vis-à-vis des intérêts légitimes du titulaire de la marque. Dès lors, l'utilisation de la marque par un tiers ne sera pas conforme aux usages honnêtes lorsqu'elle laisse suggérer qu'il existe un lien commercial entre le tiers et le titulaire de la marque, lorsqu'elle affecte la valeur de la marque en tirant indûment profit de son caractère distinctif ou de sa renommée, lorsqu'elle entraîne le discrédit ou le dénigrement de la marque ou encore, lorsque le tiers présente son produit comme une imitation ou une reproduction du produit revêtu de la marque dont il n'est pas le titulaire (arrêt de la C.J.C.E., 17 mars 2005, C-228/03, *Gillette*).

(37) Voy. notamment à ce sujet « Chronique de droit communautaire (1^{er} janvier 2004 - 15 juillet 2004) », *J.T.*, 2004, p. 713.

La jurisprudence du Tribunal est particulièrement importante en la matière. Nous retiendrons deux arrêts relatifs à une opposition pour risque de confusion. Dans le cadre d'une opposition introduite contre une demande de marque communautaire et fondée sur une marque nationale antérieure, le Tribunal a considéré que le public à prendre en considération pour l'appréciation du risque de confusion était le consommateur moyen du territoire sur lequel la marque antérieure nationale est enregistrée. En l'espèce, les jus de fruits et les vins mousseux ne présentent qu'un faible degré de similitude, le consommateur moyen étant attentif à la distinction entre boissons alcoolisées et boissons non alcoolisées (arrêt du T.P.I. du 15 février 2005, T-296/02, *Lidl Stiftung*).

Le Tribunal a également rejeté la procédure d'opposition introduite par Spa Monopole, titulaire des marques Spa et les Thermes de Spa contre la demande de marque communautaire introduite par la société Spa-Finders Travel Arrangement portant sur le signe verbal Spa-Finders pour des publications imprimées et des services d'agence de voyages. Le Tribunal a considéré qu'en l'espèce, il n'était pas démontré que l'utilisation de la marque Spa-Finders était susceptible de porter préjudice au caractère distinctif de la marque Spa ou encore de porter préjudice à la renommée de la marque Spa (arrêt du T.P.I. du 25 mai 2005, T-67/04, *Spa Monopole*).

Le Tribunal s'est encore prononcé sur la coexistence entre une marque nationale et une marque communautaire. La validité d'une marque nationale ne peut pas être mise en cause dans le cadre d'une procédure d'enregistrement d'une marque communautaire mais uniquement dans le cadre d'une procédure d'annulation entamée dans l'Etat membre concerné. Seules les autorités nationales sont compétentes pour trancher un conflit entre une marque nationale invoquée au soutien de l'opposition à une marque communautaire et une autre marque nationale (arrêt du T.P.I. du 21 avril 2005, T-269/02, *Pepsi Co.*).

Enfin, l'opposant à l'enregistrement d'une marque communautaire qui invoque une marque antérieure nationale doit en démontrer l'existence et, le cas échéant, établir l'étendue de la protection. Dans le cadre d'une procédure d'opposition, l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (ci-après O.H.M.I.) a l'obligation d'examiner si les conditions d'application d'un motif d'opposition sont réunies. Il est tenu d'apprécier la matérialité des faits invoqués et la force probante des éléments présentés par les parties, l'opposant ayant le choix des modes de preuve qu'il juge utile de présenter au soutien de son opposition. L'O.H.M.I. est tenu d'analyser tous les éléments du dossier et ne peut refuser certains modes de preuve comme étant inacceptables (arrêt du T.P.I. du 20 avril 2005, T-318/03, *Atomic Austria*).

Lucette DEFALQUE
Avocat

Professeur à l'U.L.B.

Paul NIHOUL

Professeur à l'U.C.L.

et à la Rijksuniversiteit Groningen (Pays-Bas)

VIE DU DROIT

UN NOUVEL AVATAR DE LA LÉGISLATION PAR RÉFÉRENCE : LA SUPPRESSION DE L'ARTICLE 114, § 8, DE LA LOI BELGACOM

L'abrogation de l'article 114, § 8, de la loi du 21 mars 1991 (la « loi Belgacom ») par l'article 155 de la loi du 13 juin 2005 sur les communications électroniques empêche désormais le ministère public de recourir à la mesure de repérage des télécommunications en cas de harcèlement téléphonique.

1 UNE ABROGATION AUX CONSÉQUENCES IMPRÉVUES

Le 30 juin 2005 est entrée en vigueur la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (1). Cette loi, presque inaperçue, transpose en droit interne belge les six directives adoptées le 7 mars 2002 par le Parlement et le Conseil de l'Union européenne instituant un nouveau cadre réglementaire européen pour les communications électroniques (2).

Profitant de l'occasion, le législateur a regroupé certaines dispositions qui se trouvaient éparpillées dans d'autres textes législatifs. Ainsi, le harcèlement téléphonique fait désormais l'objet de l'article 145 de la loi relative aux communications électroniques (3). L'article 114, § 8, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, qui incriminait jusqu'alors ce comportement, est quant à lui abrogé, puisque devenu inutile aux yeux du législateur (4).

(1) Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005, p. 28070.

(2) Projet de loi relatif aux communications électroniques, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2004-2005, n° 1425/001, pp. 5-9.

(3) Article 145 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques qui dispose donc désormais en son paragraphe 3 : « (...) est punie d'une amende de 500 à 50.000 EUR et d'une peine d'emprisonnement d'un à quatre ans ou d'une de ces peines seulement :

» 1°) la personne qui réalise frauduleusement des communications électroniques au moyen d'un réseau de communications électroniques afin de se procurer ou de procurer à autrui un avantage illicite.

» 2°) la personne qui utilise un réseau ou un service de communications électroniques ou d'autres moyens de communications électroniques afin d'importuner son correspondant ou de provoquer des dommages.

» 3°) la personne qui installe un appareil quelconque destiné à commettre une des infractions susmentionnées, ainsi que la tentative de commettre celles-ci (...).

Il s'agirait là d'un nettoyage législatif anodin si l'article 114, § 8, de la loi du 21 mars 1991, base légale de l'infraction de harcèlement téléphonique, n'était pas visé de manière directe et explicite par les articles 88bis et 90ter, 15°, du Code d'instruction criminelle, relatifs au repérage et à la localisation des télécommunications et aux écoutes téléphoniques. Or, la loi du 13 juin 2005 ne prévoit aucune modification des articles 88bis et 90ter, ni un remplacement des articles abrogés dans la loi du 21 mars 1991 par ceux contenus dans la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques. En conséquence, ces deux articles, en leurs dispositions qui font référence à l'article 114, § 8, sont vidés de leur substance puisque désormais cette disposition n'existe plus.

2 LE PROBLÈME DE LA LÉGISLATION PAR RÉFÉRENCE

Dans un article publié en 2002 dans cette même revue, Marc Nihoul et Cédric Visart de Bocarmé attiraient l'attention du pouvoir législatif sur le danger que présente la technique de la législation par référence (5). En l'espèce, ils relevaient que par un jeu de renvois successifs d'une disposition vers une autre, l'article 90ter du Code d'instruction criminelle autorisait alors l'écoute, la prise de connaissance ou l'enregistrement direct de communications et de télécommunications privées notamment pour toute communication qui portait atteinte au respect des lois (6).

(4) Que ce soit lors des débats devant la commission de la justice de la Chambre ou du Sénat, les articles 154 et 166 du projet de loi (actuels articles 145 et 155 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques) n'ont quasi pas fait l'objet de commentaires (projet de loi relatif aux communications électroniques, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2004-2005, n° 1425/001, pp. 91 et 94). La commission de la justice de la Chambre précise même à propos de l'article 166 : « Cet article ne nécessite aucun commentaire » (exposé des motifs, *op. cit.*, p. 94). Le Conseil d'Etat n'est pas plus loquace (projet de loi relatif aux communications électroniques, avis du Conseil d'Etat, *op. cit.*, pp. 236-237). Il semble donc qu'en abrogeant l'article 114, § 8, le législateur n'ait pas eu conscience qu'il supprimait certains pouvoirs au juge d'instruction et au procureur du Roi.

(5) M. Nihoul et C. Visart de Bocarmé, « Le risque accru de légiférer par référence en droit pénal : un exemple récent en matière d'écoutes téléphoniques », *J.T.*, 2002, pp. 318-320.

(6) L'article 90ter du Code d'instruction criminelle autorise les écoutes téléphoniques pour un certain nombre d'infractions dont les dispositions légales sont énumérées au « § 2 ». Au « 15° » de ce paragraphe, fi-

2005

637