



REFLETS

Informations rapides sur les développements juridiques présentant un intérêt communautaire

Table des matières

A. Jurisprudence	
I. Juridictions européennes et internationales	p. 1
II. Juridictions nationales	p. 7
B. Pratique des organisations internationales	p. 24
C. Législations nationales	p. 26
D. Échos de la doctrine	p. 27

Les textes et documents auxquels se réfèrent les informations relevées ci-après sont normalement extraits de publications disponibles à la bibliothèque de la Cour.

Les références figurant sous les décisions de jurisprudence (IA/..., QP/..., etc.) renvoient aux numéros de dossier dans les bases internes DEC. NAT. et CONVENTIONS. Les dossiers relatifs à ces décisions peuvent être consultés au service recherche et documentation.

Les notes de jurisprudence reprises dans la rubrique D ont été rigoureusement sélectionnées. Un relevé exhaustif des notes publiées figure dans la base interne NOTES.

La publication Reflets est disponible sur l'intranet de la Cour à partir de la page "Recherche et Documentation" (<http://intranet/rd/>).

A. Jurisprudence

I. Juridictions européennes et internationales

Cour européenne des droits de l'homme

*Convention européenne des droits de
l'homme - Droit à un procès équitable -
Absence de communication des
conclusions du commissaire du
Gouvernement - Admissibilité -
Participation du commissaire du
Gouvernement au délibéré - Violation de
l'article 6, § 1 de la Convention*

La Cour EDH réunie en Grande Chambre vient de rendre son arrêt dans l'affaire *Kress c. France*, concernant le caractère équitable de la procédure menée devant les juridictions administratives françaises (voir, pour la décision de recevabilité, Reflets 2/2000, p. 3). Elle a jugé, à l'unanimité, que l'absence de communication des conclusions du commissaire du Gouvernement préalablement à l'audience et l'impossibilité pour les parties d'y

répliquer ne constituaient pas une violation de l'article 6, § 1 de la Convention. En revanche, elle a estimé qu'il y avait violation de cette disposition du fait de la participation du commissaire du Gouvernement au délibéré.

À titre liminaire, la Cour EDH rappelle avoir, à plusieurs reprises, dans des affaires concernant les procédures menées devant les cours suprêmes de certains États membres, conclu à la violation de l'article 6, § 1 de la Convention en raison tant de la non-communication des conclusions du procureur général, de l'avocat général ou du conseiller-rapporteur, et de l'impossibilité pour les parties d'y répondre que de la participation du procureur ou de l'avocat général aux délibérés. Sur ce dernier aspect, la Cour EDH précise: "dans tous les autres cas, la Cour a mis l'accent sur la nécessité de respecter le droit à une procédure contradictoire, en relevant que celui-ci impliquait le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant, et de la discuter" (point 65).

Toutefois, elle indique que ces affaires concernaient des procédures pénales ou civiles et non, comme en l'espèce, une procédure administrative. Examinant ainsi la spécificité de la procédure administrative française, la Cour observe:

"Nul n'a jamais mis en doute l'indépendance ni l'impartialité du commissaire du Gouvernement, et la Cour estime qu'au regard de la Convention, son existence et son statut organique ne sont pas en cause. Toutefois la Cour considère

que l'indépendance du commissaire du Gouvernement et le fait qu'il n'est soumis à aucune hiérarchie, ce qui n'est pas contesté, ne sont pas en soi suffisants pour affirmer que la non-communication de ses conclusions aux parties et l'impossibilité pour celles-ci d'y répliquer ne seraient pas susceptibles de porter atteinte aux exigences d'un procès équitable" (point 71).

En ce qui concerne le premier grief, tiré de la non-communication des conclusions du commissaire du Gouvernement préalablement à l'audience, la Cour EDH relève que ce dernier présente ses conclusions pour la première fois oralement à l'audience publique et que tant les parties que les juges en découvrent le contenu à cette occasion. Elle estime que, par conséquent, le droit à l'égalité des armes reconnu par l'article 6, § 1 de la Convention n'est pas violé (point 73).

Quant à l'impossibilité pour les parties de répondre à ces conclusions, la Cour EDH observe que les avocats qui le souhaitent peuvent demander au commissaire du Gouvernement, avant l'audience, le sens général de ses conclusions et que les parties peuvent y répliquer par une note en délibéré, ce qui permet, souligne la Cour EDH, de contribuer au respect du principe du contradictoire. Enfin, au cas où le commissaire du Gouvernement invoquerait oralement, lors de l'audience, un moyen non soulevé par les parties, le président de la formation de jugement peut ajourner l'affaire pour permettre aux parties d'en débattre. La Cour EDH en conclut que la procédure suivie devant le Conseil d'État offre suffisamment de garanties au justiciable et qu'aucun

problème ne se pose quant au respect du principe du contradictoire. Il n’y a donc pas de violation de l’article 6, § 1 de la Convention à cet égard (point 76).

S’agissant enfin du grief tiré de la présence du commissaire du Gouvernement au délibéré du Conseil d’État, la Cour EDH insiste, une fois encore, sur la nécessité de prévoir des garanties procédurales en vue d’assurer le respect du principe du contradictoire. Soulignant également l’importance de la “théorie des apparences”, la Cour EDH rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle:

“ [...] si l’indépendance et l’impartialité de l’avocat général ou du procureur général auprès de certaines cours suprêmes n’[encourent] aucune critique, la sensibilité accrue du public aux garanties d’une bonne justice [justifie] l’importance croissante attribuée aux apparences [...]. C’est pourquoi la Cour a considéré que, indépendamment de l’objectivité reconnue de l’avocat général ou du procureur général, celui-ci, en recommandant l’admission ou le rejet d’un pourvoi, devenait l’allié ou l’adversaire objectif de l’une des parties et que sa présence au délibéré lui offrait, fût-ce en apparence, une occasion supplémentaire d’appuyer ses conclusions en chambre du conseil, à l’abri de la contradiction [...]. (point 82)

Selon la Cour EDH, l’avantage pour la formation de jugement de cette assistance purement technique est à mettre en balance avec l’intérêt supérieur du justiciable, qui doit avoir la garantie que le commissaire du Gouvernement ne puisse pas, par sa présence, exercer une certaine influence

sur l’issue du délibéré. Or, constate la Cour EDH, tel n’est pas le cas dans le système français actuel.

Enfin, comparant ce système à celui en vigueur devant la Cour de justice, la Cour EDH affirme: “La Cour se trouve confortée dans cette approche par le fait qu’à la Cour de justice des Communautés européennes, l’avocat général, dont l’institution s’est étroitement inspirée de celle du commissaire du Gouvernement, n’assiste pas aux délibérés, en vertu de l’article 27 du règlement de la CJCE” (point 86).

La Cour EDH conclut qu’il y a violation de l’article 6, § 1 de la Convention du fait de la participation du commissaire du Gouvernement au délibéré. Faisant application de l’article 41 de la Convention, elle alloue à la requérante un montant de 80.000 francs français au titre du dommage moral et un montant de 20.000 francs français pour les frais et dépens.

Cour européenne des droits de l’homme, arrêt du 07.06.01, Kress/France

IA/21400-A

Convention européenne des droits de l’homme - Droit à un procès équitable - Décision d’une juridiction nationale rendue sur base d’une “erreur manifeste d’appréciation” - Violation de l’article 6, § 1 de la Convention

Statuant sur le recours d’une ressortissante française se plaignant de ne pas avoir

bénéficié d'un procès équitable devant la Cour de cassation française, au motif que celle-ci se serait prononcée sur la base d'«une appréciation manifestement erronée» du moyen de cassation invoqué, la Cour EDH a jugé, à l'unanimité, qu'il y avait eu violation de l'article 6, § 1 de la Convention et a accordé à la requérante une somme de 100 000 FRF pour préjudice matériel et moral, et une somme de 50 000 FRF pour frais et dépens. Selon la requérante, en déclarant l'unique moyen de cassation irrecevable, la Cour de cassation se serait fondée sur une constatation manifestement inexacte, à savoir qu'il s'agissait d'un moyen nouveau. La requérante affirmait avoir au contraire développé ce moyen - relatif à la qualité de «marchand de biens» de son adversaire et donc à sa soumission à la loi française de 1970 applicable à ce type d'activités - de façon constante, tant en première instance qu'en appel.

Rappelant tout d'abord que le droit à un procès équitable garanti par l'article 6, § 1 de la Convention englobe, entre autres, le droit des parties au procès à présenter les observations qu'elles estiment pertinentes pour leur affaire, la Cour EDH affirme:

«La Convention ne visant pas à garantir des droits théoriques ou illusoire mais des droits concrets et effectifs [...], ce droit ne peut passer pour effectif que si ces observations sont vraiment «entendues», c'est-à-dire dûment examinées par le tribunal saisi. Autrement dit, l'article 6 implique notamment, à la charge du «tribunal», l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence [...]. La tâche de la

Cour consiste donc à rechercher si cette condition se trouva remplie en l'espèce : la Cour doit s'assurer que l'irrecevabilité de l'unique moyen produit par la requérante à l'appui de son pourvoi ne fut pas le résultat d'une erreur manifeste d'appréciation de la part de la Cour de cassation.»

Examinant ensuite quelle avait été l'argumentation de la requérante devant les juridictions françaises, la Cour EDH note que la requérante n'a pas cessé, dès le début de la procédure litigieuse, de prétendre que son adversaire était soumis aux dispositions de la loi de 1970. Elle conclut que la seule raison pour laquelle la Cour de cassation rejeta le moyen en question était le résultat d'une erreur manifeste d'appréciation et que la Cour de cassation n'a pas assuré à la requérante son droit à un procès équitable, au sens de l'article 6, § 1 de la Convention.

Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 21.03.00 Dulaurans/France

IA/21395-A

Convention européenne des droits de l'homme - Droit à un procès équitable - Impartialité du juge - Appartenance à la franc-maçonnerie - Absence d'incidence

La Cour EDH a déclaré irrecevable une requête fondée sur l'article 6, § 1 de la Convention par laquelle le requérant soutenait que sa cause n'avait pas été entendue par un tribunal impartial en raison de l'appartenance de certains juges à la franc-maçonnerie. Le litige au principal, qui portait sur un problème

successoral, avait été porté devant la High Court, puis devant la Court of Appeal qui a par ailleurs rejeté la demande d'autorisation d'appel devant la House of Lords formulée par le requérant.

Concernant l'appartenance d'un des membres de la Court of Appeal à la franc-maçonnerie, la Cour EDH observe que le requérant n'a pas soulevé ce moyen dans sa demande d'autorisation d'appel alors qu'il connaissait cet élément à ce stade de la procédure et écarte donc cet argument. En ce qui concerne ensuite la question de l'impartialité du juge de la High Court ayant statué en première instance, la Cour EDH rappelle que, selon sa jurisprudence, (arrêt *Fey/Autriche*, 24.02.93, Série A, n° 255, p. 12, § 28), l'article 6, § 1 requiert une impartialité tant subjective qu'objective. La première n'étant pas mise en cause en l'espèce, la Cour EDH constate, quant à la seconde, que le simple fait que le juge, le défunt et deux témoins soient franc-maçons ne permet pas de supposer qu'il existe un risque de préjugé ou de conflit d'intérêts qui aurait dû amener le juge à déclarer son appartenance ou à se retirer de l'affaire. De manière plus générale, concernant la franc-maçonnerie, la Cour EDH déclare:

"[...] the Court does not consider that it has been shown that membership of a judge per se in the freemasons in the United Kingdom raises doubts as to his impartiality where a witness or party in a case is also a freemason. There is no reason to doubt in particular that a judge would regard his oath on taking judicial office as taking precedence over any other social commitments or obligations.

Whether or not a problem could arise, for example, due to a judge's personal acquaintance with a fellow freemason or due to the interests of a freemason institution being in issue in a case would depend on the circumstances of the case. There is no indication that the requirement under domestic law for a judge to withdraw where he has a pecuniary or proprietary interest in the outcome of the proceedings or where other factors point to a " 'real danger'... of bias in relation to a party or an issue involved in the case" does not meet the requirements of Article 6 § 1 of the Convention in respect of the impartiality of the tribunal determining civil rights and obligations."

Signalons que la Cour EDH s'était déjà prononcée en ce sens sur cette question dans sa décision de recevabilité rendue le 1^{er} juin 1999 dans l'affaire *Kiiskinen et Kovalainen/Finlande*, requête n° 26323/95.

Cour européenne des droits de l'homme, décision sur la recevabilité du 15.06.00, Salaman/Royaume Uni

IA/21439-A

Cour AELE

Espace économique européen - Libre circulation des marchandises - Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives - Interdiction de commercialisation de denrées alimentaires enrichies en vitamines - Principe de précaution - Portée

La Cour AELE s'est prononcée sur la

portée du principe de précaution au regard du principe de la libre circulation des marchandises, dans le cadre d'un recours en manquement formé par l'autorité de surveillance AELE contre la Norvège. Cette dernière avait rejeté une demande d'autorisation formée par Nordisk Kellogg's, société établie au Danemark, en vue de la commercialisation, sur le marché norvégien, de céréales ("corn flakes") enrichies en vitamines, au motif qu'il n'y aurait pas de besoin nutritionnel au sein de la population norvégienne pour un produit de ce type et que celui-ci pourrait présenter des risques pour la santé publique. La Cour AELE a condamné la Norvège pour violation de l'article 11 de l'Accord sur l'Espace économique européen, qui correspond à l'article 30 du traité (devenu, après modification, article 28 CE).

La Cour AELE rappelle tout d'abord qu'en matière de santé publique, il appartient aux États membres de fixer le degré de protection qu'ils entendent garantir et de prendre les décisions politiques à cette fin. Elle ajoute qu'en vertu du principe de proportionnalité, la protection de la santé publique doit cependant être mise en balance avec le principe de la libre circulation des marchandises. Sous cette condition, un État peut invoquer le principe de précaution en vertu duquel l'existence d'une incertitude suffisante, au niveau scientifique, quant au risque examiné, peut justifier l'adoption de mesures de protection. Toutefois, la Cour AELE souligne que de telles mesures doivent, notamment, être basées sur des preuves scientifiques. Ainsi, la simple constatation par une autorité nationale de l'absence de besoin nutritionnel pour un

produit ne peut, selon la Cour AELE, justifier l'adoption d'une mesure aussi restrictive qu'une interdiction d'importation pour un produit librement commercialisé dans les autres États membres de l'Espace économique européen. Concernant l'application du principe de précaution, la Cour AELE déclare:

"[...] A proper application of the precautionary principle presupposes, firstly, an identification of potentially negative health consequences arising, in the present case, from a proposed fortification, and, secondly, a comprehensive evaluation of the risk to health based on the most recent scientific information. When the insufficiency, or the inconclusiveness, or the imprecise nature of the conclusions to be drawn from those considerations make it impossible to determine with certainty the risk or hazard, but the likelihood of considerable harm still persists were the negative eventuality to occur, the precautionary principle would justify the taking of restrictive measures. Such restrictive measures must be non-discriminatory and objective, and must be applied within the framework of a policy based on the best available scientific knowledge at any given time. The precautionary principle can never justify the adoption of arbitrary decisions, and the pursuit of the objective of "zero risk" only in the most exceptional circumstances" (points 30 à 32).

En l'espèce, la Cour AELE a jugé que les

autorités norvégiennes n'avaient pas présenté une évaluation globale des risques et que la procédure administrative n'était donc pas satisfaisante au regard des règles du droit de l'EEE.

EFTA Court, Judgment of 05.04.01, E-3/00, EFTA Surveillance Authority/Kingdom of Norway

IA/21275-A

II. Juridictions nationales

1. États membres

Allemagne

Libre circulation des marchandises - Propriété industrielle et commerciale - Droits d'auteur - Règle de l'épuisement du droit

Le Bundesgerichtshof a rejeté le recours d'un producteur de parfums haut de gamme visant à interdire à un distributeur non agréé de faire de la publicité pour un de ses produits. Le requérant invoquait une violation des droits d'auteur portant sur le flacon, dont l'artiste lui avait octroyé le droit d'exploitation exclusif. Le Bundesgerichtshof a considéré que l'article 17, § 2, de l'Urhebergesetz (loi relative aux droits d'auteur, ci-après "UrhG") exprime le principe général selon lequel les droits d'auteur, ainsi que les autres droits de propriété intellectuelle, doivent s'effacer devant l'intérêt de la libre

négociabilité des marchandises mises dans le commerce avec le consentement du titulaire. L'article 17, § 2, du UrhG dispose, en substance, que lorsque l'original ou des reproductions ont été mis dans le commerce avec le consentement du titulaire du droit d'auteur, sur le territoire d'un État membre ou d'un État contractant de l'Espace économique européen, la distribution ultérieure, à l'exception de la location, est admise. Le Bundesgerichtshof précise que l'oeuvre mise dans le commerce avec le consentement du titulaire doit pouvoir circuler librement à l'intérieur d'un espace économique uniforme, indépendamment de la protection des droits d'auteur. Si le titulaire est libre d'interdire la première distribution ou de l'assujettir au paiement d'une rémunération équitable, une fois qu'il a donné son consentement, il ne peut contrôler, par le biais des droits d'auteur, les circuits de distribution ultérieure.

Selon le Bundesgerichtshof, c'est à juste titre que le défendeur établit un parallèle avec le droit des marques. Citant sa propre jurisprudence, le Bundesgerichtshof rappelle que l'épuisement du droit de la marque par la mise dans le commerce a lieu non seulement à l'égard du droit de distribution mais également à l'égard de l'exercice du droit d'annonce - droit qui ne fait que rendre, par la publicité qui en découle, la commercialisation possible. Le Bundesgerichtshof rappelle également que la Cour de justice a, en ce qui concerne l'article 7 de la directive 89/104, jugé notamment que le titulaire d'une marque ne peut s'opposer à ce qu'un revendeur qui commercialise habituellement des articles de même nature que les produits revêtus

de la marque utilise celle-ci, conformément aux modes qui sont usuels dans son secteur d'activité et d'une manière ne portant pas une atteinte sérieuse à la renommée de la marque, afin d'annoncer au public la commercialisation ultérieure de ces produits (arrêt du 04.11.97, C-337/95, *Dior*, Rec. p. I-6013).

Le Bundesgerichtshof ajoute que la Cour a précisé dans cette affaire, qui concernait le même producteur que celui en cause en l'espèce, qu'un producteur ne peut invoquer les droits d'auteur découlant de la présentation du produit afin de contrôler les circuits de distribution et que "la protection attribuée par le droit d'auteur en ce qui concerne la reproduction des oeuvres protégées dans les publicités du revendeur ne peut en tout état de cause être plus étendue que celle qui est conférée dans les mêmes conditions au titulaire d'un droit de marque (point 58)." Dès lors, le Bundesgerichtshof conclut:

"Die gesetzliche Regelung in § 17 Abs. 2 UrhG ist Ausdruck des allgemeinen Rechtsgedankens, dass das Urheberrecht ebenso wie andere Schutzrechte gegenüber dem Interesse an der Verkehrsfähigkeit der mit Zustimmung des Berechtigten in Verkehr gesetzten Waren zurücktreten muß. Der zur Weiterverbreitung Berechtigte - hier der Verkäufer von Parfum, das in einem urheberrechtlich geschützten Flakon abgefüllt ist - kann mit Hilfe des Urheberrechts nicht daran gehindert werden, die Ware anzubieten und im Rahmen des Üblichen werblich darzustellen, auch wenn damit eine Vervielfältigung nach § 16 Abs 1 UrhG

verbunden ist."

Bundesgerichtshof, arrêt du 04.05.00, I ZR 256/97, Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen Vol. 144, p. 232

IA/21017-A

Professions libérales - Avocats - Transfert d'un cabinet vers un autre - Risque de conflit d'intérêts - Obligation de résilier certains mandats

Le Bundesgerichtshof vient d'imposer une limite non négligeable au transfert d'avocat d'un cabinet à un autre en jugeant que, dans un tel cas, le nouveau cabinet peut se voir contraint, en raison du risque du conflit d'intérêts, de renoncer aux mandats portant sur des affaires dans lesquelles le cabinet d'origine représente la partie adverse de son ou sa client(e). Peu importe, à cet égard, que l'avocat transféré ait traité lui-même les dossiers concernés ou qu'il soit amené à le faire au sein du nouveau cabinet.

Le Bundesgerichtshof se fonde sur une interprétation des dispositions pertinentes du règlement fédéral sur les avocats (Bundesrechtsanwaltsordnung), et du code professionnel (Berufsordnung der Rechtsanwälte) adopté par l'ordre fédéral des avocats. Le premier interdit l'intervention de l'avocat lorsqu'il y a un conflit d'intérêts entre ses clients. Le second précise que l'intervention de l'avocat est exclue notamment lorsque ce dernier ou un autre avocat faisant partie de

son cabinet, qu'il s'agisse d'une association au sens strict ou d'une simple communauté de bureaux (Bürogemeinschaft) a, dans le passé, été saisi de l'affaire, à quelque titre que ce soit, par une autre partie.

Selon le Bundesgerichtshof, ces dispositions s'opposent à ce qu'un avocat qui a représenté une partie ne devienne, suite à son transfert dans un autre cabinet, le conseil de la partie adverse. Or, selon le Bundesgerichtshof, lorsqu'un avocat est mandaté par une partie, tous les autres avocats du cabinet sont, en règle générale, également chargés de l'affaire. Le fait que l'avocat transféré n'ait, en réalité, pas travaillé sur le dossier est sans incidence. Ainsi, l'avocat dont un associé a défendu un client ne peut, par la suite, représenter la partie adverse, même s'il n'a pas lui-même traité le dossier. Il en irait de même, selon le Bundesgerichtshof, s'il s'agissait non pas d'un associé mais d'un collaborateur figurant, comme dans le cas d'espèce, sur l'en-tête du papier à lettres du cabinet (Außensozius). Un tel avocat serait en effet inclus dans la relation contractuelle entre le client et le cabinet de la même manière qu'un associé, et serait notamment responsable devant le client de la même manière que l'associé.

Enfin, le Bundesgerichtshof considère que cette interprétation est conforme au droit fondamental de la liberté professionnelle. La protection de la confiance du client en l'indépendance de l'avocat et, par conséquent, en l'intégrité de l'administration de la justice primerait en effet sur les restrictions au transfert d'avocats d'un cabinet à un autre.

Ajoutons que le 23 mars 2001, le

Bundesverfassungsgericht, saisi d'un recours constitutionnel contre la décision du Bundesgerichtshof, a décidé de surseoir, dans le cadre d'une procédure en référé, à l'exécution de l'ordonnance du Bundesgerichtshof, considérant que les inconvénients résultant, pour le nouveau cabinet, d'une annulation ultérieure de l'ordonnance du Bundesgerichtshof seraient plus graves que ceux causés par le sursis à l'exécution.

Bundesgerichtshof, ordonnance du 06.11.00, AnwZ (B) 3/00, Monatsschrift für Deutsches Recht 2001, 419 et Bundesverfassungsgericht, ordonnance du 23.03.01, 1 BvR 238/01

IA/21407-A

IA/21407-B

Autriche

Libre prestation des services - Restrictions - Réglementation nationale subordonnant l'exercice d'activités professionnelles à une autorisation ou une dispense d'autorisation - Conditions de dispense - Certificat ou diplôme obtenu dans un autre État membre de l'EEE - Discrimination "à rebours" - Violation du principe d'égalité garanti par la Constitution

Le Verfassungsgerichtshof a été saisi des recours introduits respectivement par deux ressortissants autrichiens contre les décisions de rejet de leurs demandes de dispense d'autorisation d'exercer la profession de photographe et d'ingénieur breveté des travaux publics.

En Autriche, la plupart des activités

professionnelles est régie par le code des professions industrielles, commerciales et artisanales (Gewerbeordnung, ci-après "GewO"). Conformément à celui-ci, l'exercice d'une activité professionnelle d'indépendant n'est autorisé qu'aux personnes physiques ayant obtenu soit une autorisation (Befähigungsnachweis) de l'autorité nationale compétente - en principe, moyennant l'examen de maîtrise -, soit une dispense d'autorisation (Nachsicht vom Befähigungsnachweis). La dispense peut, selon le GewO et un décret d'application, être accordée lorsque le demandeur apporte la preuve de ses connaissances et de son aptitude à exercer la profession, par d'autres moyens que l'examen de maîtrise. Le GewO et le décret d'application visent "les citoyens d'un État contractant de l'accord sur l'Espace économique européen" (ci-après "EEE"), donc également les ressortissants autrichiens. Cependant, d'une part, les connaissances nécessaires pour l'exercice d'une profession doivent, conformément à ces textes, être acquises dans un "autre" État contractant et, d'autre part, la preuve de l'acquisition de ces connaissances doit être apportée moyennant des certificats ou diplômes acquis également dans un "autre" État contractant. L'acquisition et la preuve de telles qualifications en Autriche ne remplissent donc pas la condition exigée par la loi, ce qui aboutit, en réalité, à une discrimination envers les ressortissants autrichiens eux-mêmes ("discrimination à rebours").

À titre liminaire, le Verfassungsgerichtshof a jugé que le législateur autrichien, en transposant une disposition de droit communautaire, en

l'occurrence la directive 75/368, relative à des mesures destinées à favoriser l'exercice effectif de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services pour diverses activités, est lié non seulement par le droit communautaire mais également par le droit constitutionnel national. Il déclare à cet égard :

"Es ist in Lehre und Rechtsprechung unbestritten, dass der Gesetzgeber bei der Ausführung von Gemeinschaftsrecht je den falls in soweit an bundesverfassungsgesetzliche Vorgaben gebunden bleibt, als eine Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben durch diese nicht inhibiert wird. Der Gesetzgeber unterliegt in diesen Fällen also einer doppelten Bindung, nämlich einer Bindung an das Gemeinschaftsrecht und einer Bindung an den verfassungsgesetzlich gezogenen Rahmen".

La transposition correcte de la directive au regard du droit communautaire n'était toutefois pas contestée en l'espèce. En revanche, le Verfassungsgerichtshof a exprimé des doutes en ce qui concerne la compatibilité de la discrimination observée avec le principe d'égalité garanti par l'article 7 de la Constitution fédérale et a donc introduit, d'office, une procédure de contrôle normatif des dispositions de la GewO et du décret en cause. Il a, après avoir examiné les justifications invoquées par le gouvernement, conclu qu'il n'existait pas de raisons objectives d'établir une distinction entre les connaissances et diplômes acquis en Autriche et ceux obtenus dans un autre État membre de

l'EEE et a, par conséquent, déclaré inconstitutionnelles les dispositions litigieuses.

Verfassungsgerichtshof, arrêt du 09.12.99, G 42/99 et 135/99, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2001, p. 219

IA/21412-A

Belgique

Accords internationaux - Pacte international relatif aux droits civils et politiques - Organisation d'élections "honnêtes" - Effet direct - Législation nationale organisant le vote automatisé - Incompatibilité

Saisi, à la veille d'élections communales, d'un recours introduit par quatre membres du corps électoral tendant à empêcher l'application de la loi du 11 avril 1994 relative à l'organisation du vote automatisé et de son arrêté d'application, le président du tribunal de première instance de Bruxelles siégeant en référé a jugé que l'article 25, littéra b, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, qui prévoit le droit à des élections "honnêtes", doit être considéré comme ayant un effet direct en droit interne. Les demandeurs ne s'opposaient pas au droit de vote automatisé dans son principe mais estimaient que leur droit à participer à des élections honnêtes, qui suppose le contrôle des élections par une instance électorale indépendante, n'était pas respecté par le système mis en place. En réponse à l'argument de l'État belge selon lequel le concept d'élections honnêtes ne serait pas suffisamment clair et précis pour se voir reconnaître un effet direct, le

président du tribunal, s'appuyant notamment sur les commentaires généraux de la Commission des droits de l'homme, a jugé qu'une interprétation "minimaliste" de cette disposition supposait l'exigence d'une possibilité de contrôle des élections par une instance indépendante du pouvoir en place:

"Le concept d'élections "honnêtes" [...] n'est, à l'évidence, pas aussi clair et précis que les autres points de la disposition. [...]. Il apparaît cependant comme une évidence, au risque de vider de sa substance le droit de vote reconnu par le Pacte international, que des élections honnêtes doivent nécessairement être organisées de telle manière que les opérations de vote et de dépouillement soient réalisées par des personnes totalement indépendantes du pouvoir en place, de manière à donner l'assurance aux électeurs qu'elles reflètent "l'expression de leur libre volonté" [...]. Il s'agit bien là d'un contenu minimal à donner au concept "d'élections honnêtes" et dès lors d'une limite au pouvoir d'appréciation de l'État sur l'organisation d'élections honnêtes. L'honnêteté des élections, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs, recouvrant à l'évidence l'existence d'une autorité électorale indépendante du pouvoir en place, doit donc être considérée comme portant un effet direct en droit interne."

Tout en admettant que le contrôle de constitutionnalité des lois ne relève pas de la compétence du tribunal, le président du

tribunal a estimé que celui-ci peut néanmoins vérifier la conformité d'une loi avec les normes de droit international ayant des effets directs en droit interne, ce qui lui était demandé en l'espèce. Examinant le mode de désignation ainsi que les missions du collège d'experts chargé de contrôler les élections, le président du tribunal conclut que l'exigence fondamentale d'un contrôle indépendant du pouvoir exécutif sur les opérations de vote et sur les logiciels utilisés au moment du vote et du dépouillement n'est pas *prima facie* rencontrée.

Malgré ces considérations, le président a toutefois jugé, *in fine* de sa décision, que la mesure demandée était "légalement impraticable" en raison de la relativité de la chose jugée.

Tribunal de 1^{ère} instance de Bruxelles (référé), 15.09.00, Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles, 2001, p. 340

IA/21177-A

France

Environnement - Dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés - Autorisation de mise sur le marché par l'autorité nationale - Pouvoir d'appréciation - Absence - Suites de l'arrêt Greenpeace France

Tirant les conséquences de l'arrêt du 21 mars 2000 de la Cour dans l'affaire *Greenpeace France* (C-6/99, Rec. 2000 p. I-1651), le Conseil d'État a validé pour l'essentiel l'arrêt du ministre de

l'agriculture et de la pêche du 5 février 1998 portant inscription au catalogue officiel des espèces et variétés de plantes cultivées en France et autorisation de la mise en culture de trois variétés de maïs génétiquement modifié.

Dans cette affaire, les autorités françaises avaient été saisies en 1994 d'une demande de mise sur le marché de trois variétés de maïs génétiquement modifié. Après instruction, elles avaient transmis cette demande à la Commission, conformément à la procédure prévue par la directive du Conseil 90/220, relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement. La Commission ayant rendu une décision favorable à la mise sur le marché, le ministre de l'agriculture et de la pêche avait inscrit ces trois variétés, par arrêté du 5 février 1998, au catalogue officiel des espèces et variétés de plantes cultivées en France et ainsi autorisé leur mise en culture.

Saisie par des associations et des particuliers, la Section du contentieux du Conseil d'État avait, par une première décision, prononcé le sursis à l'exécution de cet arrêté, en attendant de trancher la question de sa légalité. Examinant ensuite l'affaire sous cet angle, la même Section avait jugé, dans une seconde décision, que les requêtes soulevaient une question sérieuse de droit communautaire, qui devait être tranchée à titre préjudiciel par la Cour. Se conformant à l'interprétation donnée par celle-ci, le Conseil d'État vient de régler définitivement le litige en jugeant, pour l'essentiel, que :

“Dès lors que la Commission des communautés européennes avait pris [...] une décision favorable à la mise sur le marché des variétés visées dans l’arrêté attaqué, le gouvernement français, auquel aucun élément nouveau relatif aux risques que représentaient ces variétés n’avait été apporté entre la transmission du dossier aux autorités communautaires et cette décision de la Commission, était, compte tenu de l’interprétation donnée de la directive n° 90/220/CEE du 23 avril 1990 du Conseil par la Cour de justice [...], tenu de délivrer le consentement écrit prévu au § 4 de l’article 13 de cette directive ; que par suite, sauf si les irrégularités dont serait entachée la procédure nationale ayant précédé la transmission du dossier à la Commission des communautés européennes sont de nature à affecter la validité de la décision favorable de la Commission et, par voie de conséquence, la légalité du consentement écrit, tous les moyens relatifs à ces irrégularités sont inopérants ; que, de même, les moyens de légalité interne relatifs à l’appréciation des risques que feraient courir ces semences ne peuvent être examinés que s’ils portent sur des éléments nouveaux intervenus entre la décision favorable des autorités communautaires et celle du gouvernement français et sont de nature à remettre en cause l’appréciation à laquelle ces autorités se sont livrées”.

Se prononçant ensuite sur la durée de l’inscription au catalogue officiel des trois variétés produites par la société défenderesse, le Conseil d’État relève qu’en limitant celle-ci à trois ans, l’arrêté attaqué méconnaît les dispositions du décret du 18 mai 1981 qui fixe cette durée à dix ans et doit donc, sur ce point, être annulé. Il

précise cependant :

“La présente décision ne [fait pas] obstacle à ce qu’en application des dispositions de l’article 20 de la loi du 13 juillet 1992 et des articles 7 et 7-1 du décret du 18 mai 1981 modifié, qui transposent les dispositions de l’article 15 de la directive n° 70/457/CEE et de l’article 16 de la directive n° 90/220/CEE, le ministre, s’il estime que les conditions de l’inscription ne sont plus remplies ou qu’une nouvelle évaluation le justifie, prononce la suspension ou procède à l’abrogation de cette inscription, sous réserve d’en informer les autorités communautaires afin qu’une décision soit prise conformément aux directives susmentionnées”.

Conseil d’État, arrêt du 22.11.00, Association Greenpeace France et autres, Revue française de droit administratif 2000, p. 278

QP/03864-P1

Libre circulation des capitaux - Restrictions - Régime d'autorisation préalable pour les investissements directs étrangers (1^{ère} espèce) - Inadmissibilité - Législation sur le financement des partis politiques (2^{ème} espèce) - Admissibilité

Par deux arrêts, rendus le même jour, le Conseil d’État a examiné la conformité au droit communautaire de mesures restreignant la libre de la circulation des capitaux.

Dans le première décision, rendue en

considération de l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Eglise de Scientologie* (C-54/99, Rec. 2000 p. I-1335), était en cause le régime français d'autorisation préalable pour les investissements directs provenant de l'étranger, de nature à mettre en cause l'ordre public et la sécurité publique. Le Conseil d'État, se conformant à l'interprétation donnée par la Cour, constate que le décret n° 96-117 du 14 février 1994, en soumettant les investissements directs en provenance de l'étranger à une autorisation préalable du ministère de l'économie et en ne comportant pas les précisions requises par la Cour qui permettraient aux investisseurs étrangers de connaître les circonstances spécifiques dans lesquelles une telle autorisation est nécessaire, est contraire aux dispositions combinées des articles 56 CE et 58 CE et par là même entaché d'illégalité. Le Conseil d'État annule par conséquent la décision implicite de rejet, du Premier ministre, de la demande formée par l'Église de Scientologie tendant à l'abrogation des dispositions en cause.

Dans sa deuxième décision, était en revanche contestée une décision de la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques refusant d'accorder l'agrément à l'association de financement du parti nationaliste basque ERI-PNB au motif que les dispositions de la loi du 11 mars 1988, relative à la transparence financière de la vie politique, modifiées en 1995, empêchaient l'agrément d'une association de financement d'un parti dont l'essentiel des ressources émanent d'une personne morale de droit étranger. A l'appui de sa requête, l'association requérante soutenait, en particulier, que la loi de 1988 était

incompatible avec le principe de libre circulation des capitaux entre États membres en ce qu'elle interdit à un parti politique étranger de verser des fonds à une association de financement d'un parti politique français. Le Conseil d'État rejette l'argument considérant qu' :

“En admettant même que, par certains de ses aspects, le régime de financement des partis politiques puisse avoir une incidence sur la liberté de circulation des capitaux entre les États membres garantie par l'article 56 du traité CE, cet article comme l'indique clairement l'article 58, ne porte pas atteinte au droit qu'ont les États membres de prendre des mesures justifiées par l'ordre public ; qu'eu égard tout à la fois à l'objectif qu'elle poursuit et aux incidences limitées qu'elle comporte sur la libre circulation des capitaux, la prohibition édictée [par la loi de 1988] est au nombre des mesures susceptibles d'être prises par un État membre au titre de l'article 58 du traité”.

Conseil d'État, arrêts du 08.12.00, Association Eglise de scientologie de Paris et autres, n° 181533 et Parti Nationaliste Basque ERI-PNB, n° 212044, Revue française de droit administratif 2000, p. 255 et 287

QP/03884-P1
IA/21075-A

Grèce

Droit des sociétés - Réglementation nationale prévoyant l'augmentation de capital de sociétés anonymes en difficulté par acte administratif - Suites de l'arrêt Kefalas

La Cour d'appel d'Athènes s'est, à la suite de l'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire *Kefalas* (arrêt du 12.05.98, C-367/96, Rec. p. I-2843), prononcée dans un des litiges faisant partie du long contentieux concernant les augmentations de capital de sociétés en difficulté intervenues en Grèce par voie d'acte administratif. L'arrêt en considération, bien qu'il mentionne l'interprétation donnée par la Cour de justice concernant l'exercice abusif des droits subjectifs tirés du droit communautaire, n'en tient cependant pas compte pour rendre sa décision. Pour rappel, la Cour de justice avait jugé, dans son arrêt préjudiciel, que les justiciables ne peuvent abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaires et que, par conséquent, le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les juridictions nationales appliquent une disposition de droit national afin d'apprécier si un droit découlant d'une disposition communautaire est exercé de manière abusive. La Cour de justice avait jugé, en outre, qu'on ne peut reprocher à un actionnaire se prévalant de l'article 25 de la deuxième directive 77/91, qui dispose que toute augmentation de capital d'une société anonyme doit être décidée par l'assemblée générale, et qui était invoqué par les requérants pour contester les augmentations de capital en cause, de faire un exercice abusif de ce droit au seul motif que l'augmentation de capital contestée a remédié aux difficultés financières de la société concernée.

Écartant toute référence à la loi 1386/1983, qui permettait que des augmentations de capital de sociétés en difficulté soient

décidées par voie d'acte administratif et qui avait été à la base des litiges ayant donné lieu aux questions préjudicielles, la juridiction de renvoi ne raisonne plus que sur la base de la nouvelle loi 2685/1999. Celle-ci a légalisé *a posteriori* toutes les augmentations du capital intervenues par acte administratif, y compris celles qui avaient été entre-temps annulées par décision juridictionnelle. Les anciens actionnaires qui, par ce biais, ont été exclus de la possibilité de participer aux augmentations de capital litigieuses et, partant, de faire partie de la société aux mêmes conditions qu'auparavant - même s'ils avaient obtenu gain de cause en justice - se sont vu attribuer un droit à indemnisation. L'arrêt de la Cour d'appel considère qu'un tel droit est équivalent à une remise des choses en l'état antérieur (*restitutio in natura*) et que cette équivalence est reconnue par le droit communautaire. L'arrêt considère en outre que cette solution est conforme à un ensemble de principes constitutionnels, dont la séparation des pouvoirs. La Cour d'appel d'Athènes conclut enfin que la nouvelle loi régit des situations déterminées de façon générale et abstraite et ne vise pas à renverser le résultat de décisions juridictionnelles particulières.

Efeteio Athinon, Tmima 1, arrêt du 09.05.00, 3841/2000, Epitheorisis tou Emporikou Dikaiou 2000, p. 511

QP/03318-P1

Italie

Aides d'État - Aides au secteur des transports maritimes - Mesures destinées à compenser les coûts du service public - Compatibilité avec le marché commun

La Corte di cassazione a, dans un litige opposant deux entreprises de transport maritime de passagers, l'une publique et l'autre privée, assurant la liaison par ferry-boat entre la Sicile, la Sardaigne et la péninsule italienne, jugé que l'entreprise qui, en vertu d'un intérêt général, applique un tarif imposé et reçoit des aides publiques, n'agit pas en concurrence déloyale.

La Corte di cassazione a rappelé que si, en vertu des articles 90 et 92 du traité CE (devenus articles 86 et 87 CE), les aides d'État et les subventions sous quelque forme que ce soit sont généralement interdites dans la mesure où elles faussent la concurrence, elles peuvent être admises, de manière exceptionnelle, lorsqu'elles ont pour effet de corriger la libre concurrence, en prenant en compte la satisfaction d'intérêts généraux. Ainsi les aides sont compatibles avec le marché commun si elles visent à faire face à des exigences collectives particulières, parmi lesquelles figure, notamment, le développement économique des régions défavorisées. La Corte di cassazione a considéré qu'en l'espèce, l'octroi d'aides, destiné à favoriser le développement économique du Sud de l'Italie, avait pour but de faire face aux coûts qui ne sont pas couverts par les recettes de l'entreprise.

La Corte di cassazione a ensuite examiné l'affaire sous l'angle des articles 85 et 86 du traité CE (articles 81 et 82 CE). En ce qui concerne la première disposition, elle a

jugé que le fait qu'il s'agit, en l'espèce, d'une activité purement interne, à savoir le cabotage, exclut l'application des règles communautaires, et notamment du règlement n° 4056/86, déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes. En ce qui concerne l'applicabilité de l'article 86, la Corte di cassazione a estimé qu'en raison de la nature et de l'étendue territoriale de l'activité en cause, le marché concerné ne rentrait pas dans la notion de "marché commun ou partie substantielle de celui-ci" visée par l'article 86 précité.

Enfin, quant à la nécessité d'effectuer un renvoi préjudiciel, la Corte di cassazione, en confirmant le jugement d'appel, a estimé que sa décision était conforme à l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Parlement / Conseil* (arrêt du 22.05.85, 13/83, Rec. p.1513) et qu'un tel renvoi n'était par conséquent pas nécessaire.

Signalons que la Commission a estimé entre-temps, par une décision du 20 juin 2001, que ces aides pouvaient être autorisées en compensation des obligations de service public sur les liaisons régulières entre la Sardaigne et la Sicile, dans la limite du déficit enregistré pour la couverture du service public.

Corte di cassazione, I sez. civ., 19.04.00, n. 5087/00, Fallimento Traghetti SpA / Tirrenia di Navigazione SpA e Ministero dei Trasporti e della Navigazione, Giornale di diritto amministrativo, 2001, p. 33

IA/20141-A

Luxembourg

Rapprochement des législations - Publicité trompeuse - Directive 84/450 - Effet direct - Inapplication de la loi nationale interdisant la publicité comparative

Saisi d'une action en cessation d'une publicité comparative, le président du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, se référant de manière abondante à la jurisprudence de la Cour de justice, a écarté l'application de la législation nationale en vigueur au profit de celle de la directive 97/55, relative à la publicité comparative, non encore transposée au Grand-Duché. La demanderesse, l'Entreprise des Postes et Télécommunications, soutenait que la publicité en cause était contraire à la législation luxembourgeoise réglementant certaines pratiques commerciales et sanctionnant la concurrence déloyale. La défenderesse, une société anonyme, invoquait, quant à elle, les dispositions de la directive 97/55, précitée, modifiant la directive 84/450 sur la publicité trompeuse, qui permettaient, selon elle, d'écarter la législation luxembourgeoise contraire.

Citant la jurisprudence de la Cour de justice concernant l'absence d'effet horizontal des directives et l'obligation d'interprétation conforme, en particulier les arrêts *Faccini Dori*, *Marshall* et *Marleasing*, le président du tribunal déclare:

“La Cour de Justice a ajouté dans d'autres affaires qu'en dépit de l'absence d'effet direct horizontal des directives, le juge national doit refuser d'appliquer, y compris dans un litige entre particuliers, une règle technique nationale adoptée dans des conditions incompatibles avec les exigences procédurales d'une directive (CJCE

26 septembre 2000, Unilever Italie Spa et Central Food Spa, affaire 443/98), le juge national restant tenu par l'obligation d'interprétation conforme (CJCE 23 février 1999, BMW, affaire C-63/97, Rec. I. p. 905). S'il est vrai que les décisions citées ci-avant ont été rendues dans des litiges où les directives ont été transposées en droit interne, il n'en reste pas moins que l'invocabilité des directives en dehors des litiges “verticaux” est possible (CJCE 14 septembre 2000, R. Collino et L. Chiappero, affaire C-343/98), la jurisprudence impliquant également une obligation de laisser inappliquée une législation nationale contraire, du seul fait de l'obligation de résultat inhérente à la nature même de la directive (CJCE Ruiz Bernaldez, affaire C-129/94, Rec. I-1829)”.

Se référant ensuite aux conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire C-287/98 (État du Grand-Duché de Luxembourg c/ Berthe Linster), le président du tribunal expose la distinction entre “invocabilité de substitution”, désignant la faculté pour une partie de se prévaloir devant le juge national d'une directive en lieu et place du texte national inexistant ou non conforme à la directive, et “invocabilité d'exclusion”, permettant à une partie de contester la norme qu'on prétend lui appliquer en invoquant une directive à l'appui de sa prétention, plutôt que d'en demander l'application directe. Citant les conclusions de M. Léger selon lesquelles “il doit ainsi être possible de faire usage des droits contenus dans une directive non transposée, indépendamment de leur formulation, dès lors qu'ils sont invoqués à des fins de contrôle de la

légalité des normes de droit interne”, le président du tribunal conclut :

“Étant donné qu’il s’agit moins pour la défenderesse de se prévaloir d’un droit subjectif, dont elle sollicite la mise en oeuvre, que de réclamer au magistrat saisi un contrôle de conformité du droit interne avec le droit communautaire, susceptible de déboucher sur l’invalidation de la norme nationale, l’argumentation de la requérante consistant à dire que le juge national ne pourrait procéder à une interprétation conforme de la loi nationale ayant trait à la publicité comparative à la lumière de la directive litigieuse que si cette dernière avait été transposée en droit national [...] tombe à faux. En effet, l’absence de transposition ou la transposition partielle ou inadéquate des dispositions d’une directive dans le droit interne ayant pour conséquence que le droit communautaire est privé de l’effet voulu est contraire à l’ancien article 189, alinéa 3, du traité de Rome.”

Rappelant, par ailleurs, qu’en vertu de l’effet “vertical” des directives, les justiciables peuvent invoquer l’application d’une directive à l’encontre d’organismes ou d’entités qui sont soumis à l’autorité ou au contrôle de l’État, le président constate qu’au vu de ses caractéristiques propres, la requérante constitue une autorité publique assimilable à l’État. Citant enfin la jurisprudence de la Cour de justice concernant les conditions de précision et de clarté requises pour invoquer l’effet direct des directives, le président conclut:

“En l’espèce, il n’est pas contesté entre les parties que le degré de précision de la

directive est satisfaisant pour qu’un particulier [...] puisse l’invoquer contre l’État, respectivement contre l’établissement public en cause, l’Entreprise publique des Postes et Télécommunications. L’invocabilité verticale et l’invocabilité d’exclusion étant acquises en cause, il échet d’analyser les termes de l’article 3bis nouveau de la directive n° 84/450/CEE [...]”

La publicité comparative litigieuse étant jugée licite au sens de la directive, la demande de l’Entreprise publique des Postes et Télécommunications en cessation du prétendu acte de concurrence déloyale est déclarée non fondée.

Tribunal d’Arrondissement de Luxembourg, ordonnance du président du tribunal de commerce du 25.04.01, audience publique de référé en matière de concurrence déloyale, Entreprise P&T c/ Millicom S.A. et autres

IA/21468-A

Royaume-Uni

Égalité de traitement entre hommes et femmes - Interdiction de discrimination fondée sur le sexe - Discrimination fondée sur l’orientation sexuelle - Inclusion - Non-application de la jurisprudence Grant

Statuant sur le recours d’un officier de la Royal Air Force qui avait été contraint de démissionner après avoir déclaré qu’il était homosexuel, l’Employment Appeals Tribunal (ci-après “l’EAT”), interprétant la loi de 1975 sur la discrimination fondée

sur le sexe (Sex Discrimination Act), a estimé que, conformément à la Convention européenne des droits de l'homme, l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe visait également les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Tout en citant l'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire *Grant* (arrêt du 17.02.98, C-249/96, Rec. P. I-621), l'EAT n'a donc pas appliqué cette jurisprudence.

L'EAT s'est référé notamment à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est également visée par les dispositions de la Convention européenne interdisant la discrimination fondée sur le "sexe". Estimant qu'il existe une présomption générale selon laquelle le droit national du Royaume-Uni est conforme à la Convention européenne dès la signature de celle-ci par l'État britannique, c'est-à-dire dès avant l'entrée en vigueur, en octobre 2000, du Human Rights Act 1998, l'EAT a conclu que l'ambiguïté quant à la signification du terme "sexe" dans la loi de 1975 devait être résolue à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour de Strasbourg, et que, par conséquent, il devait adopter l'interprétation large de ce terme, incluant ainsi l'orientation sexuelle. Signalons qu'à la suite de l'adoption du Human Rights Act, le Ministère de la défense a abandonné la prohibition de l'homosexualité dans les forces armées. En l'espèce, toutefois, les faits étaient antérieurs à cette modification puisqu'ils dataient de 1997.

Selon Lord Johnston:

"In reaching our conclusion, we have not been greatly influenced by the case of *Grant v South West Trains Ltd*, since the European Court of Justice was then considering the issue of equal pay and not concerned directly with the definition of the word 'sex'. In our opinion, accordingly, on the present state of the law, ... the word 'sex' in the SDA should be interpreted to include 'on grounds of sexual orientation'."

Employment Appeal Tribunal, 25.09.00, MacDonald v Ministry of Defence, The All England Law Reports, 2001, Vol. 1, p. 620

IA/20374-A

Responsabilité d'un État membre pour les dommages causés aux particuliers par une violation du droit communautaire - Estimation du dommage - Exclusion du dommage moral - Suites de l'affaire Factortame

À la suite de la décision de la House of Lords condamnant le Royaume-Uni à réparer les dommages subis par les requérants en raison de l'application du système d'immatriculation des bateaux de pêche mis en place par le Merchant Shipping Act 1988 (voir Reflets n° 2/1999, p. 9), l'affaire a été renvoyée à la High Court et transmise, au sein de celle-ci, à la Technology and Construction Court, afin qu'elle statue sur l'estimation du dommage. Certains requérants ont introduit, devant cette dernière, des

demandes additionnelles visant à obtenir la réparation du préjudice moral (damages for distress) et du préjudice "aggravé" (aggravated damages). Ils alléguaient que leur demande, fondée sur une violation du droit communautaire - en particulier de l'article 52 du traité (devenu article 43 CE) et de l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité - par le Royaume-Uni, serait comparable à une demande fondée, en droit national, sur le Race Relations Act 1976, qui interdit également ce type de discrimination et qui prévoit la réparation du préjudice moral. La High Court a rejeté ces demandes.

Elle a relevé tout d'abord que si, en vertu du droit anglais, le dommage moral n'est, en principe, pas susceptible de réparation, la jurisprudence permet toutefois d'obtenir réparation du préjudice moral lorsque celui-ci fait partie intégrante du dommage pour lequel une indemnisation est prévue, comme dans le cas, par exemple, d'actions fondées sur le Race Relations Act. Elle a précisé que dans une telle hypothèse, le dommage aggravé peut également, sous certaines conditions, être indemnisé. La High Court a rappelé ensuite le principe dégagé par la Cour de justice dans son arrêt *Factortame* du 5 mars 1996 (C-46/93, Rec. I-1029), selon lequel des dommages-intérêts particuliers, tels que les dommages-intérêts "exemplaires" prévus par le droit anglais, doivent pouvoir être alloués dans le cadre de réclamations ou actions fondées sur le droit communautaire s'ils peuvent l'être dans le cadre de réclamations ou actions semblables fondées sur le droit interne.

À cet égard, la High Court a rejeté

l'argument des requérants fondé sur une comparaison avec une action fondée, en droit national, sur le Race Relations Act 1976. Elle a jugé, en effet, que les droits protégés par l'article 52 du traité sont de nature économique et non sociale et que, par conséquent, seul le préjudice économique peut être réparé sur le fondement de cette disposition. Elle a jugé, en outre, que le terme "nationalité" tel qu'il figure à l'article 7 du traité (devenu article 12 CE), dont l'article 52 est une application, n'a pas la même connotation raciale que dans le Race Relations Act invoqué par les requérants, qui vise expressément les actes emprunts de "haine, de ridicule et de mépris" (hatred, ridicule and contempt). Selon Judge J. Toulmin QC:

"There is a considerable doubt as to whether the expression "nationality" under the Act means the same as it does under Community law. [...] The Race Relations Act 1976 does not cover the type of discrimination which is inherent in the Merchant Shipping Act 1988 and the regulations. [...] The term "nationality" in relation of free movement of persons, goods and services and to the right of establishment is much wider and does not have the same connotation as nationality as it is used in the Race Relations Act 1976".

High Court (Queen's Bench Division, Technology and Construction Court), 27.11.00, R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame and others (No. 7), The Weekly Law Reports, 2001, Vol. 1, p. 942

2. Pays tiers

États-Unis

Dispositions fiscales - Loi de l'État de Californie - Impôt sur les revenus des sociétés - Sociétés domiciliées dans un autre État - Limitation de la déduction des intérêts sur emprunts - Violation de la Constitution

La Cour suprême des États-Unis, statuant dans le cadre d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de Californie, a jugé que les dispositions fiscales de l'État de Californie limitant la possibilité, pour les sociétés établies en-dehors de cet État, de déduire de l'impôt dû dans cet État les sommes versées à titre d'intérêts, constituaient une taxation interdite de revenus non soumis à l'impôt californien et étaient donc contraires à la Constitution des États-Unis, en particulier à la "due process clause" visée au quatorzième amendement (droits de la défense) et à la "commerce clause" relative au commerce entre les États.

La Cour suprême rappelle qu'en vertu de ces dispositions, un État peut imposer une partie du revenu "unitaire" (unitary income) de sociétés établies en-dehors de son territoire et exerçant leurs activités à la fois à l'intérieur et à l'extérieur de celui-ci. En revanche, un État ne peut taxer le revenu "non-unitaire" (nonunitary income) de telles sociétés, c'est-à-dire le revenu provenant d'une activité non liée aux activités exercées dans cet État (unrelated

business activity). En Californie, une société est imposée sur la proportion de ses revenus qui correspond à la partie de son chiffre d'affaires réalisé en Californie. En outre, le système californien permet de déduire de l'impôt dû dans cet État, les intérêts liés à des emprunts mais limite la partie déductible au montant excédant le montant des revenus extérieurs (out-of-state income) provenant d'activités non liées à celles exercées dans l'État de Californie.

Se référant à sa jurisprudence antérieure, la Cour suprême fait remarquer tout d'abord qu'en vertu des dispositions précitées de la Constitution, les États ne peuvent taxer les revenus provenant du commerce entre États que s'il existe, d'une part, un lien minimal entre ce commerce et l'État taxateur et, d'autre part, une relation rationnelle entre le revenu attribué à cet État et la valeur de la société à l'intérieur de celui-ci. S'agissant ensuite des dispositions en vigueur dans l'État de Californie, la Cour suprême considère que, sous le couvert d'une limitation des déductions possibles, se cache en réalité une taxe indirecte sur les revenus provenant d'activités étrangères à cet État. La Cour déclare à cet égard:

"California's statute does not directly impose a tax on nonunitary income [...]. It measures the amount of additional unitary income that become subject to its taxation (through reducing the deduction) by precisely the amount of nonunitary income that the taxpayer has received. And for that reason, that which California calls a deduction limitation would seem, in fact, to be an impermissible tax".

La Cour ajoute que, même à supposer que l'État de Californie démontre que la limitation des intérêts déductibles correspond à la partie des investissements liée à des revenus étrangers et que cette limitation s'analyse par conséquent plutôt en une "répartition" de la déduction qu'en un impôt sur ces revenus, une telle répartition dépasserait les limites du raisonnable dans la mesure où elle présuppose que les sommes empruntées par une société ont été investies en priorité dans des activités étrangères à l'État de Californie, ce qui ne reflète pas nécessairement la réalité. Comparant ce système à celui mis en place au niveau fédéral et dans d'autres États, la Cour suprême affirme:

"Rules like the one used by the Federal Government and those used by many States [that utilize a ration of assets and gross income to allocate a corporation's total interest expense between domestic and foreign source income] recognize that borrowing, even if supposedly undertaken for the unitary business, may also (as California argues) support nonunitary income generation. However, unlike the California rule, ratio-based rules do not assume that all borrowing first supports nonunitary investment. Rather, they allocate each borrowing between the two types of income.[...] It is simply not reasonable to expect that a rule that attributes all borrowing first to nonunitary investment will accurately reflect the amount of borrowing that has actually been devoted to generating each type of income".

Elle conclut:

"Because California's offset provision is not a reasonable allocation of expense deductions to the income that the expenses generates, it constitutes impermissible taxation of income outside its jurisdictional reach. The provision therefore violates the Due Process and Commerce Clause of the Constitution".

Cour suprême des États-Unis, arrêt du 22.02.00, Hunt-Wesson v Franchise Tax Board of California 145 L Ed 2nd 974

1A/21276-A

Suisse

Propriété industrielle et commerciale - Droit de brevet - Règle de l'épuisement national

Dans un arrêt très remarqué, le Tribunal fédéral suisse a refusé d'étendre aux brevets d'invention le principe de l'épuisement international des droits de la propriété intellectuelle.

Le Tribunal fédéral était saisi du recours d'une société de distribution de pellicules et d'appareils photo non-réutilisables de la marque Kodak, pour lesquels la requérante est titulaire de la partie suisse du brevet européen et dispose d'un droit de vente exclusif pour la Suisse. Le recours visait à interdire à un commerçant de vendre en Suisse des produits couverts par le brevet, qui n'ont pas été mis sur le marché suisse par la requérante mais que le défendeur a importé de Grande-Bretagne. Le Tribunal fédéral a cassé la

décision rendue par le Tribunal de commerce du canton de Zurich. Celui-ci avait rejeté la demande en se fondant sur le principe de l'épuisement international des droits en matière de droit de brevet, qui a vocation, selon les juges du fond, à s'appliquer de manière uniforme à toutes les branches de la propriété intellectuelle.

Dans son argumentation, le Tribunal fédéral prend en considération une conception juridique récente qui soutient le principe de l'épuisement international pour des raisons de liberté du commerce, de liberté des échanges extérieurs ainsi qu'en vue des intérêts du consommateur. Le Tribunal fédéral avait d'ailleurs retenu ce même principe en matière de droit des marques (ATF 122 III 469, affaire *Chanel*) et en matière de droits d'auteur (ATF 124 III 321, affaire *Nintendo*). Cependant, selon le Tribunal fédéral, cette solution ne s'impose pas au droit de brevet. En effet, les droits d'exploitation d'un brevet et d'un droit d'auteur portent respectivement sur des créations intellectuelles différentes et obéissent donc à des régimes différents. Le Tribunal fédéral soutient notamment que les droits conférés par un droit d'auteur ne sont pas liés de manière aussi étroite à l'oeuvre, tandis que l'exploitation économique d'une invention se réalise par l'utilisation et la revente du produit protégé, après sa fabrication. De plus, le droit de brevet correspond le plus souvent à un besoin essentiel (p. ex. en matière pharmaceutique), de sorte que le titulaire se trouve tenu, fût-ce moralement, de commercialiser le produit dans un État, même si le marché n'est pas assez rentable pour lui permettre d'obtenir la contrepartie de son effort créateur. Notons que les juges

ayant participé au délibéré public de cette affaire étaient partagés et qu'une minorité d'entre eux, préoccupés par le risque de cloisonnement des marchés, avaient préconisé d'assimiler le droit de brevet au droit d'auteur (V. *Baudenbacher*, *Erschöpfung der Immaterialgüterrechte in der EFTA und die Rechtslage in der EU*, GRUR Int. 2000, p. 584 s., à la p. 592 s.).

Le Tribunal fédéral conclut que la promotion du libre échange international pour des produits technologiques haut de gamme présuppose le respect du principe de l'épuisement international, non seulement en droit suisse, mais également dans les différents droits étrangers. Toutefois, étant donné que ce principe n'est pas encore reconnu réciproquement par le biais des conventions internationales, les autorités suisses ne disposent pas de moyens pour introduire, de manière autonome, une solution conciliant les différents intérêts en jeu. Le Tribunal fédéral précise:

„[...] so kann nach dem Gesagten nicht unberücksichtigt bleiben, dass es nicht in der Macht schweizerischer Behörden liegt, die angemessene Regelung autonom einzuführen. Zu den eigentlichen Rechten aus dem schweizerischen Patent gehört nämlich unabdingbar die Monopolstellung bei der erstmaligen Inverkehrsetzung patentgeschützter Produkte unter den Bedingungen, wie sie die schweizerische Rechts- und Wirtschaftsordnung gewährleisten. Diese soll dem Patentinhaber im Inland auch dann zustehen, wenn im Ausland mit seinem Einverständnis Waren unter nicht vergleichbaren Bedingungen in Verkehr

gebracht worden sind.”

Pour ces raisons, le Tribunal fédéral conclut que la conception juridique traditionnelle suisse, le droit comparé, de même que la mise en balance des intérêts en présence plaident en faveur du principe de l'épuisement national des droits en matière de brevet.

Tribunal fédéral suisse, arrêt du 07.12.99, ATF 126 III 129

IA/20220-A

B. Pratique des organisations internationales

Organisation mondiale du commerce

Organisation mondiale du commerce - Restrictions aux échanges - Justification - Protection de la santé et de la vie - Admissibilité

Dans l'affaire dite de l'amiante, les organes de règlement des différends de l'OMC ont eu, pour la première fois, l'occasion d'affirmer la compatibilité avec les accords OMC de restrictions aux échanges justifiées par des raisons de protection de la santé publique.

L'affaire trouve son origine dans le décret français 96-1133, du 1^{er} janvier 1997, relatif à l'interdiction de l'amiante (ci-après le "décret"). L'article 1er de celui-ci interdit, entre autres, l'importation et la

commercialisation de toute variété de fibres d'amiante et de tout produit en contenant. L'article 2 permet d'excepter temporairement de cette interdiction l'importation et la commercialisation de certains produits, déterminés annuellement par arrêté ministériel, contenant de la fibre de chrysotile. Estimant que ce décret est incompatible avec l'article 2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (ci-après "l'Accord OTC") et les articles III, XI, et XX b) du GATT 1994, le Canada s'est retourné contre les Communautés européennes en portant successivement le différend devant un Panel et devant l'Organe d'appel de l'OMC. La conclusion essentielle du Panel (WT/DS135/R, 18 septembre 2000) consistait à considérer que les restrictions aux échanges sont compatibles avec les accords OMC lorsqu'elles sont nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes. Le Panel s'était en revanche refusé à reconnaître que la dangerosité d'un produit pour la santé est un facteur qui peut entrer en ligne de compte pour évaluer sa similarité avec un autre produit et, partant, pour apprécier si une interdiction d'importation d'un produit ne vise pas, en réalité, à protéger des produits "similaires" et "nationaux".

L'organe d'appel confirme la constatation principale du Panel en admettant les restrictions aux échanges justifiées par des raisons tenant à la protection de la santé. Il infirme par contre la décision du Panel sur de nombreux autres points, dont, notamment, celui concernant la similarité (point 192, a-e). Les points examinés par l'Organe d'appel sont les suivants:

1° Dans un premier temps, l'Organe d'appel infirme la constatation du Panel selon laquelle seules les exceptions visées à l'article 2 du décret constituent un "règlement technique" tombant dans le champ d'application de l'Accord OTC, alors que l'interdiction de l'article 1 en serait exclue. Cette interprétation avait, en effet, permis au Panel d'exclure l'article 1 de l'applicabilité de l'Accord OTC, contrairement aux allégations du Canada. Pour l'Organe d'appel, en revanche, le décret contient des interdictions et des exceptions qui, se définissant les unes par rapport aux autres, forment un tout intégré qui ne peut être examiné que dans son ensemble. Sous cette optique, l'Organe d'appel établit tout d'abord le caractère "ciblé" des exceptions, en ce sens qu'elles s'appliquent à un groupe de produits étroitement défini - les produits contenant de l'amiant chrysotile, et présentant certaines caractéristiques. Il se livre ensuite à une argumentation beaucoup plus détaillée afin d'inclure l'interdiction générale visée à l'article 1er du décret dans la notion de "règlement technique" au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC. En premier lieu, l'Organe d'appel constate que, malgré son caractère général, cette interdiction vise des produits identifiables, à savoir tous les produits contenant des fibres d'amiant. Il en déduit, en deuxième lieu, que le caractère général de la mesure ne fait pas obstacle à ce que celle-ci prescrive ou impose des caractéristiques objectives aux produits. Enfin, le respect de l'interdiction est obligatoire, ainsi que l'exige la définition du règlement technique figurant à l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC. Le décret dans son ensemble, avec ses composantes prohibitives et permissives,

réunit ainsi l'ensemble des éléments composant la notion de règlement technique. Il est donc qualifié de règlement technique par l'Organe d'appel, qui infirme sur ce point les constatations du Panel (points 60-76).

2° L'organe d'appel examine ensuite la question de la similarité entre deux groupes de produits contenant des fibres d'amiant, en vue de vérifier si les Communautés européennes avaient réservé un traitement discriminatoire aux produits importés contenant des fibres d'amiant chrysotile par rapport à des produits "nationaux" contenant de fibres dites "ACV". L'organe d'appel fait tout d'abord observer qu'il n'est pas lié par les interprétations de la notion de similarité données précédemment dans le cadre du GATT 1947 et du GATT 1994. Fidèle à sa méthode d'interprétation d'une disposition "à la lumière du contexte, de l'objet et du but", l'Organe d'appel rappelle qu' "il ne peut exister de définition précise et absolue de ce qui est similaire" (point 88) et précise que le concept de similarité vise surtout à mettre en exergue un rapport de concurrence entre les produits (point 99). Sur ces fondements, l'Organe d'appel se livre ensuite à un contrôle très méticuleux de l'application faite par le Panel des quatre critères généralement utilisés pour analyser la similarité, à savoir a) les propriétés, la nature et la qualité des produits, b) l'utilisation finale du produit, c) les goûts et les habitudes des consommateurs et d) le classement tarifaire des produits (points 85-86, 101 et s.). Très critique face à l'approche du Panel, l'Organe d'appel relève une quasi-absence d'analyse de celui-ci en ce qui

concerne les trois derniers critères ainsi qu'une analyse insuffisante du premier critère. L'attention de l'Organe d'appel porte, du reste, pour l'essentiel, sur ce premier critère. Il n'est pas question en effet, pour lui, d'exclure les risques que présente un produit pour la santé et la vie des personnes, des propriétés physiques qui permettent d'évaluer la similarité des produits. Étant donné que les fibres d'amiante chrysotile ont, de manière reconnue, un caractère cancérigène alors que les fibres ACV en sont dépourvues, l'Organe d'appel écarte l'avis du Panel selon lequel les deux produits seraient similaires et donc concurrents. Toutes les conclusions du Panel relatives à l'existence d'une similarité entre les produits litigieux s'en trouvent en conséquence infirmées (points 126, 128, 131-132, 192, b-e).

3° L'Organe d'appel examine, enfin, si le décret était nécessaire à la protection de la santé et de la vie des personnes, ainsi que l'exige l'article XX b) du GATT 1994 afin qu'un Membre puisse adopter une mesure incompatible avec une de ses dispositions. L'Organe d'appel confirme tout d'abord la grande marge dont disposent les Panels dans l'appréciation des éléments de preuve et refuse, en conséquence, de réexaminer ceux qui ont permis au Panel d'établir la dangerosité pour la santé et la vie des personnes de l'utilisation de produits chrysotile-ciment. Étant donné que le Panel n'a pas outrepassé les limites de son pouvoir, ses constatations relatives à la dangerosité des produits contenant de l'amiante s'en trouvent confirmées (points 160-163). De même, s'agissant du caractère nécessaire de la mesure pour la protection de la santé et de la vie des

personnes, l'Organe d'appel reconnaît que les Membres peuvent déterminer le niveau de protection de la santé qu'ils jugent approprié dans une situation donnée. Il n'est donc pas question pour lui de quantifier le risque et de mesurer le niveau de protection à laquelle celui-ci donne lieu. Il estime, en outre, rejoignant sur ce point la position du Panel, qu'une utilisation contrôlée du produit litigieux ne serait pas une alternative acceptable afin d'atteindre le niveau souhaité de protection (points 167-174). Les constatations du Panel concernant le caractère nécessaire du décret pour la protection de la santé et la vie sont dès lors confirmées (points 175 et 192 f).

Au terme de ses conclusions, l'Organe d'appel constate que le Canada n'a pas réussi à établir que le décret est incompatible avec les obligations résultant pour les Communautés européennes des accords OMC visés en l'espèce et ne fait, par conséquent, aucune recommandation en ce sens (point 193).

*Rapport de l'Organe d'appel, 12.03.01, Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, AB-2000-11
WT/DS 135/AB/R'*

C. LÉGISLATIONS NATIONALES

France

Habilitation du Gouvernement à transposer, par ordonnances, des directives communautaires et à mettre en oeuvre certaines dispositions du droit communautaire

Par la loi du 3 janvier 2001, le gouvernement a été habilité à transposer, par voie d'ordonnances, des directives communautaires et à mettre en oeuvre certaines dispositions du droit communautaire. Cette habilitation, très critiquée par certains et saluée par d'autres, s'explique par le retard important pris par la France en matière de transposition de directives. L'exposé des motifs du projet de loi énonce en particulier :

“La situation de la France en matière de transposition des directives demeure préoccupante : à la date du 1^{er} juin 2000, 117 directives n'avaient pas été transposées dans les délais requis, dont près de la moitié nécessite l'édiction de dispositions législatives. Cette situation est source d'un important contentieux [...] Par ailleurs, dans la plupart des cas, les dispositions en cause, qui présentent un caractère très technique et dont la teneur est fortement contrainte par les dispositions communautaires n'appellent qu'une intervention limitée du législateur. Dans ces conditions, le recours à la procédure des ordonnances de l'article 38 de la Constitution apparaît nécessaire [...]. Est, en revanche, écartée du champ de l'habilitation la possibilité de prendre par ordonnances des mesures de grande ampleur, dépourvues de tout lien avec les dispositions transposées et de pure

opportunité politique. On note enfin que l'habilitation n'est pas demandée pour des directives dont l'objet et la portée politiques justifient un débat par la représentation nationale [...]”.

Cette loi d'habilitation autorise plus précisément le gouvernement à prendre, par voie d'ordonnances, des dispositions législatives afin d'assurer la transposition de 46 directives, et d'adopter les mesures d'adaptation de la législation liées à cette transposition. Elle habilite également le gouvernement à mettre en oeuvre les dispositifs appelés par un certain nombre de règlements communautaires. Les domaines couverts par ces règlements et directives sont très divers et concernent, à titre d'exemple, les médicaments vétérinaires, la reconnaissance des diplômes, les télécommunications, les assurances, la santé et la sécurité des travailleurs, la sécurité sociale, la protection du consommateur, l'environnement, la propriété industrielle. Les directives dites “Natura 2000” (oiseaux sauvages et conservation de la faune et de la flore) sont soumises, quant à elles, à un régime particulier, les mesures d'adaptation que peut prendre le gouvernement étant strictement encadrées par la loi d'habilitation. Il en va de même pour la refonte du Code de la mutualité, pour la modification des codes de la sécurité sociale, ou encore pour la modification du régime des sociétés d'autoroute.

Ces ordonnances doivent être prises dans un délai de quatre à huit mois à dater de l'adoption de la loi d'habilitation et les projets de loi de ratification devront être

déposés devant le Parlement au plus tard deux mois après l'expiration de ces délais. Signalons, qu'à ce jour, plus d'une dizaine d'ordonnances ont déjà été prises.

Loi n° 2001-1 du 03.01.01 portant habilitation du gouvernement à transposer, par ordonnances, des directives communautaires et à mettre en oeuvre certaines dispositions du droit communautaire, JORF du 04.01.01, p. 93

D. ÉCHOS DE LA DOCTRINE

Les réactions à l'arrêt "Directive tabac"

L'arrêt de la Cour de justice du 5 octobre 2000 dans l'affaire *Allemagne contre Parlement et Conseil* (C-376/98, Rec. 2000 p. I-8419) par lequel a été annulée la directive 98/43/CE, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac, a fait l'objet de nombreux commentaires.

La majorité des commentaires souligne l'analyse faite par la Cour des principes qui doivent régir la répartition des compétences législatives entre la Communauté et les États Membres. À cet égard, un auteur (*P. Hecker*, *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 4/2000, p. 946) souligne qu' :

“Au-delà de l'annulation de la directive relative à la publicité du tabac, le jugement

a incontestablement des implications “constitutionnelles” dans la mesure où il limite les compétences d'harmonisation du législateur communautaire [...]. Le véritable enjeu de cette affaire apparaît aux points 83 et 107 de l'arrêt dans lesquels la Cour insiste sur le fait que l'article 95 CE ne peut être interprété en ce sens qu'il conférerait au législateur communautaire une compétence générale pour réglementer le marché intérieur. La Cour entendait donc limiter strictement les pouvoirs législatifs des législations communautaires, conformément au principe d'attribution des compétences”.

Dans le même sens, on peut lire, (*Editorial Comments*, “Taking (the limits of) competences seriously”, *Common Market Law Review* 2000, p. 1301] :

“ [This] judgment [...] may become one of the most important judgments of the decade [...] The judgment of the 5 October 2000 will have an impact on the legislative process in the Community. Harmonization can no longer be taken as an end in itself. All legislative measures will have to pass a test of judicial scrutiny as to whether the purported object is *actually* pursued by the legislative measure. From now on, it will not do to state an accepted object in the preamble of the legislative act, but the Community legislature will have to make sure that the measure is an apt instrument to pursue the purported end”.

Selon ce commentaire, la Cour a pleinement assumé son rôle

“constitutionnel”. À cet égard, il est écrit :

“The great importance of the judgment [...] lies in the fact that the Court actually exercises its powers to check whether the conditions for the power to enact legislation on the basis of Article 95 (ex 100a) have been met : it resists the temptation to practice judicial restraint *vis-à-vis* the Council and Parliament, not leaving it to these institutions to check whether the preconditions of the relevant legal bases are fulfilled [...] It is only if the Court follows this line of thinking - taking its function to protect the Member States (and their parliaments) against unlawful Community measures seriously - that the call for a truly European Constitutional Court will abate”.

Plus critique, un autre auteur (D. Simon, Europe, décembre 2000, comm. n° 372, p. 10) estime que l’arrêt contribue peu à une clarification des principes qui régissent le contentieux communautaire de la base juridique. Selon lui :

“[la solution retenue] s’inscrit dans une perspective d’interprétation restrictive des compétences communautaires, fondée sur une lecture particulièrement stricte du principe d’attribution des compétences [...]. Les principes qui guident le raisonnement du juge dans le contentieux de la base juridique n’en sortent guère clarifiés: l’appréciation de la part respective du principal et de l’accessoire, ou en d’autres termes, l’identification du “centre de gravité” de la directive, procèdent d’une appréciation qui demeure quelque peu subjective. On en veut pour preuve la

proportion quantitative des attendus qui semblent justifier le choix de la base juridique retenue par le législateur communautaire, par rapport aux passages laconiquement péremptoires plus que véritablement démonstratifs consacrés à la thèse inverse finalement retenue”.

S’agissant, enfin, de la mise en place future des mesures nécessaires à l’édification d’une politique “anti-tabac”, on a pu souligner (T.K. Hervey, “Up in smoke? Community (anti)-tobacco law and policy”, *European Law Review*, 2001, p. 101) :

“Although the Court’s ruling in *Tobacco Advertising* appears to be a setback for the emergence of a new Community anti-tobacco policy, as a ‘cross cutting’ policy falling within several areas of Community activity, it may not prove so. In future, the Commission and Parliament will certainly have to bear in mind the formal legality of what is proposed, and may not simply proceed on the basis of calculation of political support in Council. However, there is still real scope for promulgating new anti-tobacco measures at Community level”.

L’effet des directives au-delà des frontières communautaires

Dans l’arrêt *Ingmar* (09.11.00, C-381/98, Rec.I-9305), la Cour a jugé que les articles 17 et 18 de la directive 86/653, concernant les agents commerciaux indépendants, qui garantissent certains droits à l’agent commercial après la cessation du contrat

d'agence, doivent trouver application dès lors que l'agent commercial a exercé son activité dans un État membre et alors même que le commettant est établi dans un pays tiers et que, en vertu d'une clause du contrat, ce dernier est régi par la loi de ce pays.

Cette solution a été appréciée diversement par la doctrine. Pour *R. Freitag* et *St. Leible* (Recht der internationalen Wirtschaft, 2001, p. 287), si l'intérêt de protéger l'agent commercial peut, à la limite, justifier le caractère impératif des dispositions pertinentes dans les rapports intra-communautaires, l'extension de celui-ci aux rapports avec les États tiers ne tiendrait pas compte des intérêts légitimes des opérateurs y établis et limiterait par trop l'autonomie des parties, principe inhérent à la constitution économique de la Communauté :

“Hier regulierend in die Parteiautonomie einzugreifen ist nichts anderes als eine Bevormundung geschäftserfahrener Vertragsparteien, die zudem das durchaus berechtigte Interesse des Unternehmers, die Verträge mit seinen in zahlreichen Staaten t ä t i g e n V e r t r e t e r n z u r Geschäftsvereinfachung einem einzigen Recht zu unterstellen, unberücksichtigt lässt. Immerhin dürfte es mittlerweile zum gemeinschaftsrechtlichen *acquis* gehören, dass die liberale Wirtschaftsverfassung der EG und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags jedenfalls im Binnenmarkt die Gewährung von Parteiautonomie fordern. Ob das Regelungsanliegen der Handelsvertreter-Richtlinie tatsächlich von diesem Prinzip grundlegend abweichen will, erscheint daher äußerst fraglich. Allein

der Hinweis, dass die Richtlinie und insbesondere deren Art. 17 dem Schutz des Handelsvertreters dienen und als zwingendes, d.h. nicht abdingbares, Recht ausgestaltet sind, reicht für die Begründung einer solchen Annahme jedenfalls nicht. Es ist schließlich eine kollisionsrechtliche Binsenweisheit, dass zwischen intern und international zwingenden Normen unterschieden werden muss, also nicht alle Vorschriften, von denen bei Inlandssachverhalten - bzw. aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht bei binnenmarktinternen Sachverhalten - nicht durch Vertrag abgewichen werden kann, als international zwingende Bestimmungen zu qualifizieren sind. Denn das wäre das Ende der Parteiautonomie”.

Ces auteurs ne se montrent pas non plus convaincus par l'argument selon lequel l'application des dispositions communautaires est nécessaire pour garantir le jeu de la concurrence dans le marché intérieur :

“Bedenkt man, ... dass sich der Hinweis auf den Schutz unverfälschten Wettbewerbs in den Erwägungsgründen nahezu aller privatrechtsangleichender Rechtsakte der EG findet, müsste zwingendes Gemeinschaftsprivatrecht, das mit einer Kostenbelastung der anbietenden (oder nachfragenden) Unternehmen verbunden ist, stets international durchgesetzt werden, da sich nur so Wettbewerbsgleichheit zwischen in der Gemeinschaft ansässigen und Unternehmen aus Drittstaaten herstellen lässt. Folge hiervon wäre eine “Festung Europa”, hinein kommt nur noch derjenige, der seine Vertragsbedingungen

den europäischen Standards anpasst”.

Cette observation rejoint celle de *L. Idot* (Revue critique de droit international privé, 2001, p. 112) pour qui, au-delà “des fondements incertains, il n’est pas sûr que la Cour ait eu conscience des conséquences d’un tel raisonnement dont la portée est considérable. Dans la logique de celui-ci, toutes les directives communautaires de rapprochement des législations sont susceptibles d’être érigées en lois de police puisqu’elles visent toutes, à tout le moins indirectement, à diminuer les distorsions de concurrence qui résultent des divergences des législations nationales ...!”

Par ailleurs, si cet auteur approuve le résultat auquel parvient l’arrêt, il regrette que la Cour n’ait pas été plus explicite sur le fondement de la qualification de lois de police des dispositions de la directive. En particulier, il note que la Cour se passe de toute référence à l’article 7, § 2, de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles :

“même si la convention de Rome n’était pas formellement applicable à l’espèce, son apport théorique est tel - en particulier sur la question spécifique des lois de police - que la mentionner n’aurait pas été inutile. On sera tout aussi étonné par la totale ignorance de la Convention de La Haye de 1978 sur les contrats d’intermédiaire et de représentation alors que l’article 16 de cette dernière, très fortement inspiré par l’article 7 de la convention de Rome, consacre également le mécanisme des lois de police. Certes, à la différence de la France, le Royaume-Uni n’a pas ratifié

cette convention, qui au surplus n’est pas une convention communautaire. Mais là encore, l’intérêt théorique de cette source d’inspiration était évident.

Il serait souhaitable que la Cour montre pour le droit international privé des États membres la même curiosité que celle apportée à l’étude de leurs droits constitutionnel ou administratif lorsqu’elle entreprend de dégager des principes généraux de droit communautaire. Droit communautaire et droit international privé sont intimement liés et les deux parties ont tout à gagner d’un rapprochement”.

=====