



REFLETS

Informations rapides sur les développements juridiques présentant un intérêt communautaire

Table des matières

A. Jurisprudence	1
I. Juridictions européennes et internationales	1
Cour européenne des droits de l'homme	1
Cour AELE	3
II. Juridictions nationales	5
1. États membres	5
Allemagne	5
Finlande	6
France	7
Royaume-Uni	9
2. Pays Tiers	12
États-Unis	12
B. Pratique des organisations internationales	15
Commission du droit international	15
C. Législations nationales	19
Belgique	19
France	20
Irlande	22
Italie	22
D. Échos de la doctrine	24
Les actions spécifiques ("golden shares") à l'épreuve de la jurisprudence communautaire en matière de libre circulation des capitaux	24

A. Jurisprudence

I. Juridictions européennes et internationales

Cour européenne des droits de l'homme

Convention européenne des droits de l'homme - Protection de la propriété - Non-transposition d'une directive communautaire - Taxe indûment versée par une entreprise - Perte d'une créance sur l'État suite au rejet de demandes de restitution par une juridiction supérieure - Violation de l'article 1 du Protocole N° 1

Appelée à se prononcer sur la légalité d'une décision de refus opposée à une demande de restitution de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) indûment versée, la Cour EDH a retenu une violation par la France de l'article 1 du Protocole N° 1 (protection de la propriété) de la CEDH.

La requérante, une société de courtiers en assurance dont l'activité commerciale était, à l'époque, soumise à la TVA en application de la législation fiscale alors en vigueur, demandait la restitution de la taxe versée au titre de l'année 1978, en invoquant le bénéfice de la 6ème directive du Conseil des

La publication "Reflets" est disponible sur les sites Internet et Intranet de la Cour à partir de la page "Recherche et Documentation" :

- <http://curia.eu.int/fr/recdoc/>
- <http://intranet/rd>

Communautés. Les dispositions de ladite directive, applicables à compter du 1er janvier 1978, exonèrent en effet de la TVA «les opérations d'assurance et de réassurance, y compris les prestations de services afférentes à ces opérations effectuées par les courtiers et les intermédiaires d'assurance».

L'État français s'était toutefois vu accorder, par le biais de la 9^{ème} directive du Conseil du 26 juin 1979, un délai supplémentaire jusqu'au 1er janvier 1979 pour transposer la 6^{ème} directive.

Le tribunal administratif (par jugement du 8 juillet 1982) puis le Conseil d'État (par arrêt du 19 mars 1986) ont rejeté la demande de restitution formée par la requérante, aux motifs notamment que les dispositions d'une directive contrares à une disposition de droit national ne pouvaient être directement invoquées en justice. Il est important de noter par ailleurs que suite à une instruction administrative du 2 janvier 1986, les redressements fiscaux des courtiers n'ayant pas acquitté la TVA au titre de cette période ont été annulés.

Un second recours - en réparation - formé par la requérante a également été rejeté par le Conseil d'État dans un arrêt du 30 octobre 1996. Celui-ci a considéré que la requérante ne pouvait chercher à obtenir par la voie d'un recours en responsabilité une satisfaction qui lui avait été refusée sur le terrain de l'action fiscale par une décision revêtue de l'autorité de chose jugée. Toutefois, par un arrêt du même jour, statuant sur l'action d'une autre société dont l'activité commerciale et les prétentions étaient initialement identiques à celles de la requérante, le Conseil d'État a opéré un revirement de sa jurisprudence antérieure et a fait droit à la demande de remboursement des sommes indûment versées.

Devant la CEDH, la requérante alléguait la violation de l'article 1 du Protocole N° 1 (protection de la propriété) de la CEDH, s'estimant titulaire d'une créance envers l'État dont elle se trouvait définitivement privée en raison du rejet de ses demandes par le Conseil d'État. Elle se plaignait également

d'une violation de l'article 14 de la Convention (interdiction de la discrimination) combiné avec l'article 1 du Protocole N°1 en relevant, d'une part, que les sociétés n'ayant pas acquitté la TVA avaient été avantagées par rapport aux contribuables ayant spontanément soumis leurs opérations à la TVA (en raison de l'annulation des redressements fiscaux mentionnée ci-dessus) et, d'autre part, qu'une autre société avait bénéficié d'une évolution favorable de la jurisprudence et obtenu le remboursement de la TVA malgré l'identité de leur situation.

Après avoir présenté de manière succincte la jurisprudence de la Cour de justice relative à la primauté de l'ordre juridique communautaire, à la portée des directives non transposées, au délai de prescription national en cas d'actions en remboursement de droits perçus et à l'application de la 6^{ème} directive pour l'année 1978, la Cour européenne des droits de l'homme relève que la requérante bénéficiait, lors de ses deux recours, d'une créance sur l'État en raison de la TVA indûment versée pour la période du 1er janvier au 30 juin 1978 et qu'en tout état de cause, elle avait pour le moins une espérance légitime de pouvoir en obtenir le remboursement.

Ensuite, la Cour relève que " *l'ingérence [dans les biens de la requérante] provient non pas d'une intervention du législateur, mais au contraire du défaut d'intervention pour mise en conformité du droit national avec une directive communautaire, ce qui a conduit les juridictions administratives compétentes à se prononcer sur la question. Reste que la Cour ne peut que relever l'incompatibilité de la TVA sur les activités des courtiers d'assurances du 1er janvier au 30 juin 1998 avec les dispositions de l'article 13-B-a) de la 6^e directive du Conseil des Communautés européennes du 17 mai 1977.*"

Dès lors, cette ingérence ne répondait pas aux exigences de l'intérêt général et l'atteinte portée aux biens de la société requérante revêtait un caractère disproportionné puisque la mise en échec de la créance de la requérante sur l'État ainsi que l'absence de procédures internes offrant un remède suffisant pour assurer la protection du droit

au respect de ses biens avait rompu le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux des individus.

Par conséquent, la Cour EDH a conclu, à l'unanimité, à la violation de l'article 1 du Protocole N°1, et a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'examiner séparément le grief tiré de l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole N°1.

Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 16.4.02, S.A. Dangeville / France

IA/21065-B

Cour AELE

Espace économique européen - Recours en annulation - Personnes physiques ou morales - Actes les concernant directement et individuellement - Décision portant approbation d'une aide d'État

La Cour AELE a rejeté comme irrecevable un recours en annulation formé par une société de consultance allemande active dans le domaine de l'environnement, Technologieng Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH (ci-après "TBW"), et Bellona Foundation, une fondation pour la protection de l'environnement, contre une décision de l'Autorité de Surveillance AELE adressée à la Norvège et portant approbation, en tant qu'aide régionale au sens de l'article 61, paragraphe 3, sous c), de l'Accord sur l'Espace Economique Européen, de l'introduction dans la loi sur la taxe pétrolière de taux d'amortissement plus favorables pour les installations destinées à la production de gaz naturel dans la région de Finnmark et dans certaines municipalités de la région de Troms, en Norvège, ainsi que de la décision d'appliquer ces taux à une installation déterminée.

Le recours a été rejeté en application de l'article 36, paragraphe 2, de l'Accord sur la

Surveillance et la Cour (ci-après "ASC"), qui correspond à l'article 230, paragraphe 4, CE, et selon lequel toute personne physique ou morale peut former un recours contre une décision adressée à une autre personne lorsque la décision en cause la concerne directement et individuellement.

À titre liminaire, la Cour AELE rappelle sa propre jurisprudence dans l'affaire E-2/94, Scottish Salmon Growers Association/EFTA Surveillance Authority:

"... persons other than the addressees of a decision, can not claim to be individually concerned, unless they are affected by that decision by reason of certain attributes which are peculiar to them or by reason of circumstances in which they are differentiated from all other persons and, by virtue of these factors, are distinguished individually just as in the case of the person to whom a decision is addressed." (point 42)

Ensuite, la Cour AELE observe que l'Autorité de Surveillance AELE n'a pas engagé la procédure formelle prévue à l'article 1, paragraphe 2, du protocole n° 3, de l'ASC, destinée à lui permettre de se renseigner à suffisance sur tous les aspects pertinents pour évaluer si une mesure nationale constitue une aide d'état et, dans l'affirmative, si cette aide d'état est compatible avec les dispositions de l'Accord EEE. L'engagement de cette procédure aurait contraint l'Autorité de Surveillance AELE à informer les parties concernées et à leur donner l'occasion de se prononcer.

À cet égard, la Cour AELE estime, dans un premier temps, qu'il convient d'interpréter l'action des parties requérantes en ce sens qu'elles font valoir que le défaut d'engagement de la procédure formelle prévue à l'article 1, paragraphe 2, du protocole n° 3, de l'ASC, les prive de la possibilité d'exercer les droits procéduraux que leur confère cette disposition. Elle en conclut que les parties requérantes cherchent à sauvegarder un droit de nature procédurale.

La Cour AELE se penche ensuite sur la question de savoir si les parties requérantes sont des "parties concernées" au sens de

l'article 1, paragraphe 2, du protocole n° 3, de l'ASC. A cet égard, elle rappelle sa propre jurisprudence dans l'affaire E-4/97, *Norwegian Bankers' Association/EFTA Surveillance Authority* selon laquelle la notion de "parties concernées" au sens de ladite disposition inclut non seulement l'entreprise ou les entreprises bénéficiant d'une aide, mais aussi les personnes, les entreprises ou les associations dont les intérêts sont susceptibles d'être affectés par l'octroi d'une aide, notamment les entreprises et les associations commerciales concurrentes. Elle note en outre que, selon cette jurisprudence, une entreprise doit démontrer que sa position concurrentielle sur le marché est affectée par l'octroi d'une aide.

S'agissant, plus particulièrement, de la *Bellona Foundation*, la Cour AELE rejette, premièrement, l'argument selon lequel la décision contestée est susceptible d'affecter les intérêts de celle-ci en sa qualité d'actionnaire et d'investisseur dans le domaine de l'énergie. À cet égard, elle observe que l'introduction de taux d'amortissement plus favorables est une mesure de portée générale qui couvre des situations déterminées de façon objective et qui produit des effets juridiques sur des catégories de personnes envisagées de manière générale et abstraite. En ce qui concerne la décision d'appliquer ces taux à une installation précise, elle relève que les intérêts invoqués par la *Bellona Foundation* sont de nature prospective voire hypothétique ou susceptibles de n'avoir qu'un effet indirect ou éloigné.

Deuxièmement, la Cour AELE rejette l'argument selon lequel la *Bellona Foundation* peut contester la décision en cause en sa qualité de représentant de ses actionnaires ou de ses sympathisants. À cet égard, elle note que la *Bellona Foundation* n'est pas une association et qu'elle n'est pas constituée de membres qui seraient impliqués dans ses affaires ou liés à elle sur la base d'un intérêt commun.

Troisièmement, la Cour AELE rejette l'argument selon lequel la *Bellona Foundation* est individuellement concernée du fait de sa participation à la procédure

administrative ayant abouti à la décision contestée. À cet égard, elle relève que dans le contexte de décisions portant approbation d'une aide d'état dans la "première phase", les investigations et la participation à la procédure administrative ne sauraient, en règle générale, suppléer à l'exigence d'une atteinte à la position sur le marché. De plus, elle rappelle que la *Bellona Foundation* n'est pas une association et qu'elle n'est pas constituée de membres qui seraient des opérateurs économiques susceptibles d'être considérés comme des concurrents directs des bénéficiaires de l'aide en cause et donc de membres pouvant être considérés comme "parties concernées" au sens de l'article 1, paragraphe 2, du protocole n° 3, de l'ASC.

La Cour AELE ajoute enfin :

"... The main objective of the provisions in the EEA Agreement on State aid is ... to protect competition in the European Economic Area. Although the significance of the protection of the environment as an area for cooperation among the Contracting Parties to the EEA Agreement has been recognized in Article 78 EEA, this does not entail that the EFTA Surveillance Authority is at liberty to take environmental factors into account when assessing whether State aid is compatible with the EEA Agreement. That power could only flow from a specific legal basis. Consequently, although the Applicant, *Bellona*, is a player on the environmental scene, this cannot contribute to providing a basis for *locus standi* for *Bellona* in the matter at hand." (point 75)

S'agissant du *TBW*, la Cour AELE estime que, si celui-ci est une société de consultance en matière d'énergie renouvelable, aucune information satisfaisante sur son engagement dans la production d'énergie n'a toutefois été déposée devant elle et que certains intérêts commerciaux invoqués paraissent éloignés des activités des bénéficiaires de l'aide d'État, et, dans certains cas, d'une nature prospective ou hypothétique. Elle se considère donc incapable de conclure que la position concurrentielle du *TBW* sur le marché serait affectée suite à l'adoption de la décision contestée.

EFTA Court, Judgement of 19.06.03, E-2/02, Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH et Bellona Foundation / EFTA Surveillance Authority

IA/23900-A

II. Juridictions nationales

1. États membres

Allemagne

Politique sociale - Protection de la sécurité et de la santé des travailleurs - Directive 93/104 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail - Permanence assurée dans les hôpitaux - Réglementation nationale qualifiant les périodes de permanence de non-activité effective de périodes de repos - Inadmissibilité - Effet direct de la directive - Absence

Dans plusieurs décisions récentes, le Bundesarbeitsgericht s'est prononcé sur la compatibilité de la législation allemande relative à la permanence assurée dans les hôpitaux (Bereitschaftsdienst) avec la directive 93/104/CE. Cette question fait également l'objet d'une affaire pendante devant la Cour de justice (C-151/02, Landeshauptstadt Kiel / Dr. Jaeger).

Le temps de travail et le temps de repos des personnes assurant la permanence sont régis par l'Arbeitszeitgesetz (loi allemande sur le temps de travail) du 6 juin 1994, qui a été adoptée en vue de transposer la directive 93/104/CE. Selon cette loi, le Bereitschaftsdienst, c'est-à-dire l'obligation d'un médecin ou d'un régulateur de se tenir en un lieu déterminé, où il peut se reposer tout en restant disponible afin de travailler immédiatement en cas de besoin, compte comme période de repos, et non comme temps de travail, à l'exception des phases d'activité.

Or, en se référant à l'arrêt de la Cour de justice du 03 octobre 2000, SIMAP (C-303/98, Rec. p. I-7963), le Bundesarbeitsgericht a décidé, dans les décisions rapportées, que la totalité du service de garde doit être considérée comme temps de travail. En effet, dans l'affaire SIMAP, précitée, la Cour a visé le service de garde en tant que tel, sans tenir compte des particularités nationales ou professionnelles du service de garde en cause, à savoir celui des médecins espagnols. Le Bundesarbeitsgericht en a conclu que la jurisprudence SIMAP doit également être appliquée au Bereitschaftsdienst effectué par les médecins ou les régulateurs en Allemagne. Selon lui, un renvoi préjudiciel à la Cour de justice n'est pas nécessaire étant donné que les principes de droit, tel que la Cour de justice les a énoncés, ne prêtent pas à controverse et qu'il ne s'agit que de les appliquer en l'espèce.

L'Arbeitszeitgesetz ne qualifiant de temps de travail que les périodes de permanence d'activité effective de temps de travail, celui-ci ne satisfait pas aux exigences de la directive 93/104. Toutefois, selon le Bundesarbeitsgericht, les dispositions pertinentes de l'Arbeitszeitgesetz ne sont pas susceptibles d'être interprétées conformément à ladite directive. Il en conclut que qualifier la totalité du Bereitschaftsdienst de temps de travail au sens de l'Arbeitszeitgesetz signifierait abroger la loi, ce qui dépasse les compétences juridictionnelles.

De plus, selon le Bundesarbeitsgericht, la qualification du Bereitschaftsdienst comme période de travail ne peut s'appuyer directement sur la directive 93/104 que dans l'hypothèse où l'État agit comme employeur. Étant donné que la directive ne crée une obligation de transposition que pour les États membres, elle ne saurait être appliquée directement dans les rapports de travail entre des personnes privées. Par conséquent, le Bundesarbeitsgericht a opéré une distinction selon la qualité de l'employeur. Dans l'ordonnance du 18 février 2003, rendue dans l'affaire 1 ABR 2/02, où il s'agissait d'une entreprise privée, il a appliqué l'Arbeitszeitgesetz. Il a, dès lors, qualifié le Bereitschaftsdienst de période de repos, bien

qu'il ait souligné l'incompatibilité de la réglementation allemande avec ladite directive. En revanche, s'agissant d'employeurs faisant partie des pouvoirs publics comme dans l'affaire 6 AZR 114/02, le Bundesarbeitsgericht considère le Bereitschaftsdienst comme temps de travail sur base de la directive.

Bundesarbeitsgericht, ordonnance du 18.02.03, 1 ABR 2/02, publiée sur le site www.bundesarbeitsgericht.de ; ordonnance du 18.02.03, 1 ABR 17/02, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2003 p.VII (résumé) ; arrêt du 05.06.03, 6 AZR 114/02, non publié

IA/ 24048-A
IA/23689-A
IA/24051-A

Finlande

Liberté d'établissement - Libre circulation des capitaux - Législation nationale relative au régime fiscal des sociétés étrangères contrôlées - Imposition par l'État de résidence de la société mère des revenus passifs des sociétés filiales établies dans des États disposant d'un régime fiscal avantageux - Revenus d'une filiale belge imposés en Finlande - Compatibilité avec les articles 43 et 56 CE

La Korkein hallinto-oikeus (la Cour administrative suprême) a dit pour droit, dans son jugement du 20 mars 2002, que la législation finlandaise sur les Controlled Foreign Companies (ci-après CFC) est conforme au droit communautaire.

En vertu des règles relatives aux CFC, les revenus passifs des sociétés filiales établies dans des États disposant d'un régime fiscal avantageux peuvent être imposés par le pays de résidence de la société mère. Ces filiales étrangères sont considérées comme CFC. La définition d'une CFC comporte trois composantes:

- la société en cause doit être une société non résidente ;
- la société en cause doit être contrôlée par une ou plusieurs personnes ou sociétés

résidentes, ce qui est le cas lorsque: soit un ou plusieurs de ses actionnaires résidents détiennent directement ou indirectement au moins 50 pour cent du capital ou des droits de vote dans la société, soit s'ils ont droit à au moins 50 pour cent du produit de la valeur nette de l'entreprise;

- le régime local d'imposition doit répondre aux critères du régime fiscal privilégié: un régime fiscal étranger est considéré comme étant privilégié si le taux effectif de l'impôt sur la société étrangère est inférieur aux 3/5 du taux effectif de l'impôt frappant les sociétés finlandaises.

Dans l'affaire devant la Cour administrative suprême, la société finlandaise A Oyj Abp possédait une filiale belge - A Finance NV - qui était responsable des services financiers et de certains autres services nécessaires pour les sociétés du groupe A en Europe centrale. A Finance NV était enregistrée et avait son domicile fiscal en Belgique. Elle bénéficiait du régime fiscal belge relatif aux centres de coordination. Ce régime entendait permettre aux groupes internationaux de pouvoir centraliser et coordonner certaines de leurs activités en Belgique. Si ces centres étaient assujettis à l'impôt sur les sociétés au taux commun, leur base imposable était déterminée, en accord avec l'administration fiscale, de manière forfaitaire, indépendamment des bénéfices réalisés. Le bénéfice forfaitaire était fixé à un pourcentage du montant total des dépenses et frais du centre, à l'exclusion des frais de personnel et des charges financières. Les centres de coordination étaient par ailleurs assujettis à une imposition forfaitaire annuelle de 400.000 BEF par salarié, plafonnée à 4 millions de BEF. En conséquence de l'application de ces règles belges, la charge fiscale effective de l'A Finance NV en Belgique était probablement inférieure aux 3/5 de celle qui pesait sur les sociétés en Finlande dès le début de l'année fiscale 1999.

A Oyj Abp avait sollicité, comme l'y autorisait la législation finlandaise, une opinion de la keskusverolautakunta (la Commission centrale de la taxation) portant sur la question de savoir si elle pouvait être soumise à l'impôt en Finlande en vertu de la

législation sur les CFC en ce qui concerne les revenus de A Finance NV. La Commission avait considéré que A Oyj Abp pouvait être taxée en Finlande en vertu des règles relatives aux CFC sans que les dispositions de la Convention fiscale entre la Belgique et la Finlande ou du droit communautaire relative au droit d'établissement et à la libre circulation des capitaux ne s'y opposent. Suite à cette opinion, A Oyj Abp a introduit un recours devant la Cour administrative suprême contre cette décision concernant les années fiscales 1999 et 2000.

Selon la Cour administrative suprême, la législation sur les CFC n'avait pas empêché A Finance NV de s'établir en Belgique et A Oyj Abp n'était pas, en Finlande, dans une position plus désavantageuse que si elle n'avait pas établi une filiale en Belgique ou si l'établissement avait eu une autre forme que celle du centre de coordination. D'après la Cour, la législation sur les CFC n'avait pas non plus empêché A Finance NV de transférer des capitaux en Belgique et d'y bénéficier des avantages fiscaux. Ainsi, la Cour administrative suprême a comparé la situation dans l'affaire soumise à son appréciation à la situation dans laquelle A Oyj Abp n'aurait pas établi une filiale en Belgique ou à celle dans laquelle l'établissement aurait eu une autre forme que celle du centre de coordination. Au vue de cette comparaison, les dispositions de la législation sur les CFC ne constituaient pas une restriction du droit d'établissement au sens de l'article 43 CE ou une restriction de la libre circulation des capitaux au sens de l'article 56 CE.

La Cour a considéré que même si la législation sur les CFC n'avait pas empêché la filiale de A Oyj Abp de s'établir en Belgique et d'y bénéficier des avantages fiscaux, elle pouvait en pratique empêcher le groupe des sociétés A de bénéficier de ces avantages parce que A Oyj Abp pouvait être imposée sur la base des revenus de A Finance NV réalisés en Belgique. Cela ne constituait pas, selon la Cour, une restriction au droit d'établissement ou une discrimination interdite à l'encontre de la société mère finlandaise ou de sa filiale belge car il s'agissait d'un arrangement du droit

interne qui portait sur les sociétés résidentes en Finlande.

Korkein hallinto-oikeus, päätös 20.3.02, KKO:2002:26, texte anglais: International Tax Reports 2002 Vol.6 p. 1043-1076

IA/22787-A

France

Constitution - Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République - Contrôle de constitutionnalité - Incompétence du Conseil constitutionnel

Le 26 mars 2003, le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent pour statuer sur le recours formé par plus de soixante sénateurs contre la révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République, approuvée par le Parlement réuni en Congrès le 17 mars précédent.

Bien que le Conseil constitutionnel ait déjà, dans le passé, décliné sa compétence en matière d'examen de la constitutionnalité des lois référendaires (en 1962, à l'occasion de l'institution de l'élection du président de la République au suffrage universel direct et en 1992 lorsqu'il s'est agi d'apprécier la constitutionnalité de la loi adoptée par le peuple français lors du scrutin référendaire du 20 septembre 1992 sur la ratification du traité de Maastricht), c'est néanmoins la première fois, sous la cinquième république, qu'il s'est trouvé saisi d'un recours contre une loi constitutionnelle adoptée par le pouvoir constituant en application de l'article 89 de la Constitution.

À l'appui de sa décision d'incompétence, le juge constitutionnel fait observer que la Constitution a strictement limité sa compétence, et, partant, qu'il ne saurait être appelé à se prononcer dans des cas autres que ceux expressément prévus par le texte constitutionnel.

Or, la Constitution, dans son article 61, a limité l'office du Conseil constitutionnel à l'examen de la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires lorsque ces dernières lui sont déférées dans les conditions qui y sont fixées.

Pas plus que cet article 61, l'article 89, relatif à la révision de la Constitution, ni aucune autre disposition de la loi fondamentale, ne donne au juge constitutionnel le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle.

Cette déclaration d'incompétence fait d'autant plus regretter l'absence de décision sur le fond que le Conseil était notamment invité à dire si la réforme constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République mettait ou non en cause "la forme républicaine du Gouvernement". Les sénateurs auteurs de la saisine estimaient en effet que plusieurs dispositions de la loi constitutionnelle sur la décentralisation, "peu compatibles avec l'indivisibilité de la République", s'opposaient au dernier alinéa de l'article 89 de la Constitution aux termes duquel "la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision". En d'autres termes, les sénateurs reprochaient au pouvoir constituant d'avoir outrepassé les limites matérielles de la révision constitutionnelle.

Certaines voix se sont élevées pour déplorer cette incompétence du Conseil constitutionnel et constater la nécessité d'étendre sa compétence au contrôle des lois constitutionnelles adoptées par le Congrès, et ce, par le biais d'une réforme de la Loi fondamentale (A. Viola, *La notion de République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2002, p. 72).

Si, à l'avenir, tel devait être le cas, le risque d'une critique pointant le spectre du "gouvernement des juges" réapparaîtrait "puisque le pouvoir politique perdrait le 'droit au dernier mot' qu'il détient actuellement par la voie constituante et qui est indispensable en démocratie" (H. Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2001, p. 75).

Conseil constitutionnel, décision n° 2003-469 DC du 26.03.03, Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République

IA/23871-A

- - - - -

Convention d'application de l'accord de Schengen - Champ d'application territorial - Île de la Réunion - Exclusion

Le Conseil d'État vient de rendre une décision significative sur le champ d'application territorial de l'accord de Schengen. Il a jugé que ledit accord s'applique exclusivement au territoire européen de la République française et, en conséquence, a déclaré illégal un refus de visa d'entrée à la Réunion fondé sur ses stipulations.

M. Ali Joorawon, ressortissant mauricien, a été reconnu coupable de coups et blessures volontaires avec armes, en août 1993. Bien qu'il ait fait l'objet d'un arrêté d'expulsion, il est demeuré irrégulièrement sur le territoire national et s'est marié avec une ressortissante française. Il est rentré à l'île Maurice en 1999. Le 3 mars 2000, il a sollicité un visa de court séjour afin de rejoindre son épouse, à la Réunion. Le 9 juin 2000, il s'est vu opposer un refus de visa de la part du consul de France à Port-Louis en raison de son signalement aux fins de non-admission au Système d'information Schengen (SIS), situation visée à l'article 5 de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, du 19 juin 1990. Cette disposition prévoit en effet que pour un séjour n'excédant pas trois mois, l'entrée sur les territoires des Parties Contractantes d'un étranger est conditionnée entre autres par l'absence de signalement aux fins de non-admission.

La décision du consul est attaquée devant le Conseil d'État pour excès de pouvoir. Dans son arrêt du 10 janvier 2003, la haute juridiction administrative se prononce d'office sur le moyen tiré de l'article 5 de la convention d'application de l'accord de Schengen.

Elle constate que l'article 138 de la convention d'application de l'accord de Schengen prévoit que ses stipulations ne s'appliquent qu'au territoire européen de la République française. Partant, la demande de visa de M. Joorawon, dont l'objet était de l'autoriser à entrer dans le département de la Réunion et non sur le territoire européen de la France, n'entrait pas dans le champ d'application des stipulations de ladite convention.

Cette dernière étant inapplicable, le consul de France à Port-Louis a commis une erreur de droit.

La haute juridiction administrative assimile ainsi la violation du champ d'application d'un traité à celle du champ d'application d'une loi. Ainsi, quelle que soit la nature de la norme invoquée devant un juge, celui-ci doit d'abord s'assurer qu'elle est applicable dans le temps, l'espace et d'un point de vue matériel. Plus originale apparaît la décision dans le sort qu'elle réserve au territoire non européen de la France. En effet, en application de la convention de Schengen, cette partie du territoire français est assimilée à un État tiers. Malgré cette incongruité contenue dans l'article 138 de la convention d'application de l'accord de Schengen, ce dernier n'avait pas été jugé contraire au principe d'indivisibilité de la République par le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991 sur la loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 (Recueil, p. 91 ; RJC, p. I-455 - Journal officiel du 27 juillet 1991).

Se fondant sur l'objet de la convention, à savoir, la suppression des contrôles opérés aux "frontières communes" des États signataires, le juge constitutionnel a jugé qu'en raison du but ainsi poursuivi, la limitation du champ d'application territoriale de cette convention, établie par son article 138, n'est en rien contraire au principe d'indivisibilité de la République.

Dans la deuxième partie de sa décision, le Conseil d'État écarte un autre motif invoqué par le ministre des Affaires étrangères et tiré de ce que l'entrée de M. Joorawon sur le territoire français comporterait un risque de menace à l'ordre public. L'argumentation du ministre consistait à soutenir que l'inscription au SIS, justifiée par la gravité des faits reprochés au requérant, constituait un motif matérialisant, du point de vue du droit national, un risque de trouble à l'ordre public. Le juge administratif considère qu'à supposer même que ce second motif, tiré du droit national, aurait pu justifier légalement un refus de visa, cette circonstance n'est pas de nature à rendre légale la décision attaquée qui a été prise sur la base d'un seul motif, lequel était erroné en droit. Ainsi, la Haute

instance administrative refuse de substituer au motif tiré de l'inscription au SIS, celui tiré de la menace à l'ordre public.

Pour admettre le raisonnement du ministre, il aurait fallu que la décision de refus de visa prise par le consul contienne par ailleurs explicitement un motif tiré du droit national. Or, en l'espèce, le consul s'est exclusivement inscrit dans le cadre de la convention de Schengen. Dès lors, le Conseil d'État ne pouvait qu'écartier le second motif invoqué par le défendeur à l'instance.

Conseil d'État, 10.01.03, M. Joorawon

IA/23860-A

Royaume-Uni

Droit communautaire - Principes - Droits fondamentaux - Mariage - Personne ayant subi une intervention en vue de changer de sexe - Invalidité du mariage selon les dispositions du droit national - Violation de la CEDH

Une personne de sexe masculin ayant subi une intervention en vue de changer de sexe, ne peut pas valablement contracter mariage avec un homme parce qu'ils ne sont pas "respectivement homme et femme" au sens de l'article 11 (c) du « Matrimonial Causes Act » de 1973. Cependant, la non-reconnaissance du changement de sexe en vue de permettre aux transsexuels de se marier est incompatible avec le droit au respect de la vie privée et familiale et celui de se marier, garantis respectivement par les articles 8 et 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1953.

La House of Lords en a décidé ainsi sur l'appel, interjeté par la requérante Elizabeth Ann Bellinger, soutenue par le défendeur, Michael Jeffrey Bellinger, d'un arrêt de la "Court of Appeal" rejetant son appel d'un jugement de Johnson J. en date du 2 novembre 2000 qui refusait de déclarer que le mariage de la requérante avec le défendeur était valide à l'origine et subsistait, nonobstant le fait que la requérante était de sexe masculin à la naissance.

La requérante était régulièrement inscrite à la naissance comme étant de sexe masculin mais avait subi une opération et un traitement pour changer de sexe quand elle épousa le défendeur en 1981.

Lord Nicholls of Birkenhead estime que le fait de reconnaître la requérante en tant que femme aux fins visées par l'article 11(c) du Matrimonial Causes Act (1973) obligerait à donner aux termes « homme » et « femme » une nouvelle signification de sorte qu'un individu d'un sexe donné pourrait devenir une personne du sexe opposé ou être considéré comme telle. Ceci entraînerait un changement majeur du droit applicable, avec des implications très étendues. De même, une telle situation pose plusieurs problèmes de société nécessitant un examen approfondi ainsi qu'une consultation et une délibération élargies. Les questions relevant de la politique sociale et de la faisabilité administrative qui se posèrent en plusieurs occasions, ainsi que leur interaction, doivent être évaluées et mises en balance. Toutes ces difficultés ne peuvent être convenablement résolues par les seules juridictions et procédures judiciaires. Un changement du droit tel que celui recherché par la requérante appelle une délibération et une décision du Parlement. Toutefois, il apparaît que la non-reconnaissance du changement de sexe aux fins du mariage est incompatible avec les articles 8 et 12 de la Convention. Il est donc souhaitable que, dans une affaire aussi sensible, les Lordships (les juges de la House of Lords) reconnaissent, en leur qualité de membres de la juridiction suprême du pays, l'incompatibilité de l'état actuel du droit écrit avec la Convention. Une "déclaration" stipulant que ledit article 11(c) du Matrimonial Causes Act (1973) est incompatible avec les articles 8 et 12 de la Convention est en conséquence accordée.

House of Lords, 10.04.03, Bellinger v Bellinger (2003) 2 WLR 1174

IA/24148-A

Renvoi préjudiciel - Effets des arrêts en interprétation - Obligation du juge national

de suivre l'interprétation de la Cour - Non-application dans un cas de propriété intellectuelle - Appel - Annulation

La décision du Justice Laddie dans l'affaire Arsenal Football Club Plc contre Matthew Reed 1 (Voir Reflets n° 1/2003, pp. 15-16) a été infirmée en appel. Dans cette décision, Justice Laddie avait déclaré que la Cour de justice avait outrepassé ses compétences et que, par conséquent, la juridiction de renvoi n'était pas tenue de suivre sa décision. La cour d'appel précise que, pour la juridiction de renvoi, la question de contrefaçon de marque était posée de manière à établir si l'usage contesté d'un signe identique à une marque relevait d'un usage de celui-ci en tant que marque, en ce sens qu'il indiquait l'origine des produits. Toutefois, fait remarquer la cour d'appel, la Cour de justice a jugé que cet élément n'est pas pertinent. Ce qui est pertinent est de savoir si l'usage du signe est susceptible de mettre en péril le droit de propriété que l'enregistrement de la marque donne à son titulaire ou la garantie de provenance qui constitue la fonction essentielle de la marque.

Lord Justice Aldous a dit "I do not believe that the ECJ disregarded the conclusions of fact made by the judge in his first judgment. However I accept that they did conclude as a fact that, in the circumstances found by the judge, use by Mr Reed was liable to jeopardise the guarantee of origin which constituted the essential function of the trade mark rights owned by Arsenal. That was, I believe, a finding of fact that was inevitable in the circumstances... I therefore conclude that the result reached by the ECJ was inevitable once their judgment had made it clear that the material consideration was whether the use complained of was liable to jeopardise the guarantee or origin, not whether the use was trade mark use. The judge should have followed the ruling and decided the case in Arsenal's favour."

Court of Appeal (Civil Division), 21.05.03, Arsenal Football Club v Matthew Reed (2003) EWCA Civ 96

QP/04439-P2

***Renvoi préjudiciel - Refus de renvoyer -
Acte clair - Accord d'association
CE-Turquie - Droit d'établissement***

Dans cette affaire, la Court of Appeal a annulé la décision du juge de première instance visant à poser une question préjudicielle à la Cour de justice concernant l'interprétation de l'Accord d'association CE-Turquie. Estimant que l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire Savas (arrêt du 11 mai 2000, Aff. C-37/98, Rec., p. I-2927) était ambigu sur le point qui le concernait, le juge de première instance a souhaité un nouveau renvoi à la Cour avant de statuer.

Mme A. est une ressortissante turque, d'origine ethnique kurde. Elle est arrivée au Royaume-Uni en 1993 en tant qu'étudiante. Elle a demandé l'asile et a été autorisée à travailler en attendant le résultat de sa demande. En 1994, elle a créé une entreprise. Depuis 1995, elle est en situation irrégulière et en 1997, elle s'est vue refuser le droit de rester en tant qu'entrepreneur. Elle estime qu'elle bénéficie du droit d'établissement, et donc, de séjour, au Royaume-Uni, en vertu de l'Accord d'association CE-Turquie. L'article 41, paragraphe 1, du Protocole additionnel à cet Accord dispose que les parties contractantes s'abstiendraient d'introduire entre elles de nouvelles restrictions à la liberté d'établissement ou à la libre prestation des services. Cette disposition est entrée en vigueur le 1er janvier 1973. Sous la réglementation en vigueur au moment des faits, le fait de ne pas être entrée au Royaume-Uni à titre d'entrepreneur, empêchait que ce statut soit reconnu à Mme A. par la suite, tandis que sous la réglementation en vigueur au 1er janvier 1973, le fait d'entrer sur le territoire britannique à un autre titre n'empêchait pas que le statut d'entrepreneur lui soit reconnu plus tard. Bien entendu, Mme A. revendiquait l'application de la réglementation en vigueur au 1er janvier 1973. Or, le juge de première instance avait des doutes sur l'interprétation de l'arrêt Savas sur ce point et souhaitait donc renvoyer une nouvelle question à la Cour de justice. Mme A. a fait appel de cette décision et la Court of Appeal lui a donné raison, estimant, en effet,

que l'arrêt Savas fournissait déjà les indications nécessaires pour que le juge de première instance tranche l'affaire devant lui. L'affaire était donc renvoyée devant ce juge.

Selon Lord Justice Sedley:

"It seems to me that the judgment which precedes the rulings [of the ECJ] is no more self-contradictory than the rulings themselves. It amounts simply to this: that Article 41(1) does not make lawful the otherwise unlawful presence of a Turkish national in a member state; but that in deciding whether such presence is lawful, the principles to be applied must be no less favourable than they were, in regard to establishment, on 1 January 1973."

*Court of Appeal (Civil Division), 16.07.02,
R(A) v Secretary of State for the Home
Department [2002] EuLR 580*

IA/24161-A

***Compétence judiciaire en matière
matrimoniale - Règlement (CE)
n° 1347/2000 - Compétence pour prendre
des mesures provisoires ou conservatoires -
Portée - Demandes de divorce introduites
successivement dans deux États membres -
Demande visant à obtenir une décision
provisoire en matière d'obligation
alimentaire introduite devant la juridiction
saisie en second lieu - Rejet***

Une décision provisoire en matière d'obligation alimentaire dans une procédure de divorce en Angleterre, alors qu'une demande de divorce était déjà pendante devant un tribunal allemand, ne constituait pas une mesure conservatoire ou provisoire et, pour des raisons politiques, n'aurait pas dû être prise en vertu de l'article 12 du règlement (CE) n° 1347/2000 relatif notamment à la compétence judiciaire et la reconnaissance des décisions en matière matrimoniale.

C'est ce qui a été jugé par la Court of Appeal, acceptant ainsi l'appel interjeté par le mari, Jochen Ralph Wermuth, d'un jugement du

juge Johnson en date du 22 octobre 2002 qui, dans le cadre du procès en cours, avait ordonné le paiement d'une pension alimentaire en faveur de la femme, Tatiana Yurievna Wermuth.

Les parties, toutes deux de nationalité allemande, s'étaient mariées à Moscou mais avaient élu domicile en Angleterre. Lorsqu'elles s'étaient séparées, le mari avait intenté une procédure de divorce en Allemagne. Peu de temps après, la femme avait introduit une demande de divorce en Angleterre et, en conséquence, avait obtenu la décision susmentionnée. L'article 12 du règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil stipule qu'en cas d'urgence, les juridictions d'un État membre peuvent prendre des mesures provisoires ou conservatoires relatives aux personnes ou aux biens présents dans cet État même si une juridiction d'un autre État membre est compétente pour connaître du fond. Le juge de première instance avait estimé qu'une décision provisoire en matière d'obligation alimentaire entrerait dans le champ d'application des "mesures provisoires ou conservatoires" et avait fixé le montant de la pension alimentaire à £ 150.000 par an, deux tiers de cette somme étant destinés à couvrir les honoraires des avocats mandatés par la femme dans la présente affaire.

Lord Justice Thorpe affirme qu'il était tout à fait clair que l'obligation alimentaire ne pouvait pas être qualifiée de provisoire. Il n'y avait pas de perspectives réalistes de remboursement au cas où le futur jugement au fond l'exigerait. Ce n'était pas non plus une mesure conservatoire. Elle ne pouvait pas tomber sous la définition de «cas d'urgence». Dépassant les faits de l'espèce, le juge a indiqué que les questions soumises à la justice à la suite de la rupture d'une relation, concernaient habituellement l'argent et les enfants. À l'époque moderne, l'utilité du droit d'ordonner provisoirement le paiement d'une obligation alimentaire est moindre. Dans de telles affaires comportant une dimension internationale, la tentation des parties d'utiliser tous les subterfuges afin de faire reconnaître la compétence d'une juridiction donnée doit être contenue. Des raisons politiques commandaient une

interprétation stricte de l'article 12. Les juridictions devraient faire leur le règlement et l'appliquer sans réserve. Elles ne devraient pas saisir ou être considérées comme saisissant cette occasion pour usurper la fonction de juge dans un autre État membre. Dès lors qu'une juridiction a été saisie en premier lieu, les autres juridictions doivent surseoir à statuer. Un des objectifs essentiels du règlement est de simplifier les règles de compétence judiciaire et d'éliminer les procès superflus et onéreux. "[T]his might perhaps be prevented for the future were this appeal to contribute to the adoption of a narrow construction of article 12 here and in other member states pending a possible future ruling of the European Court of Justice."

Court of Appeal, 04.02.03, Wermuth v Wermuth [2003] EWCA Civ 50, (2003) 1 WLR 942

IA/23790-A

2. Pays Tiers

États-Unis

Constitution des États-Unis - Principe d'égalité - "Affirmative action" en faveur de certains groupes minoritaires - Programmes d'admission à l'université - Préférence pour une diversité dans la représentation des étudiants - Bénéfices pédagogiques - Intérêt légitime - Modalités

Le 23 juin 2003, la Cour suprême des États-Unis a rendu deux arrêts très attendus concernant la constitutionnalité de mesures de promotion ("affirmative action") en faveur de groupes raciaux minoritaires.

Dans les affaires *Grutter v. Bollinger* et *Gratz v. Bollinger*, les requérants mettaient en cause les politiques d' "affirmative action" mises en œuvre par la University of Michigan Law School et le collège de littérature, science et arts de la même université. Les requérants, appartenant au groupe majoritaire des "Caucasiens", s'étant

vus refuser des places dans l'université, soutenaient qu'ils étaient victimes de discriminations raciales en violation du Quatrième Amendement de la Constitution des États-Unis. Ils visaient plus précisément les politiques d'admission, qui prenaient en considération l'origine raciale du candidat afin d'atteindre une diversité dans la représentation des étudiants.

La politique d'admission pratiquée à la law school, et mise en cause dans l'affaire *Grutter v. Bollinger*, consiste en un examen des résultats académiques du candidat ainsi qu'en une évaluation de critères tels que son expérience professionnelle, ses talents non académiques, ses origines et sa capacité à contribuer à la vie de la law school. L'étendue des qualités et expériences susceptibles d'être prises en compte dans l'évaluation n'est pas limitée. Il est constant, cependant, qu'une certaine valeur est attribuée à l'origine raciale. La law school estime qu'une représentation diversifiée d'étudiants comporte des bénéfices pédagogiques. À cette fin, elle tente d'atteindre une "masse critique" d'étudiants de groupes raciaux minoritaires.

Dans l'affaire *Gratz v. Bollinger*, il s'agissait aussi d'une politique visant la constitution d'une certaine représentation d'étudiants provenant de groupes raciaux minoritaires, à la différence que le système d'admission du collège de littérature, science et arts accordait automatiquement vingt points, sur les cent nécessaires pour être accepté, aux candidats afro-américains, hispaniques et américains indigènes.

Il est vrai que la Cour suprême a déjà dû se prononcer sur la constitutionnalité de l'"affirmative action" dans le cadre de l'enseignement universitaire, il y a plus de 25 ans, dans l'affaire *Regents of University of California v. Bakke*, (438 U.S. 265), mais cet arrêt était loin d'être clair. En effet, dans l'affaire *Bakke*, six juges avaient émis des opinions individuelles, mais aucune majorité ne s'était dégagée. Le seul point commun était que l'intérêt de l'État n'exclut pas la prise en considération de l'origine raciale dans le cadre d'un programme d'admission correctement conçu.

Dans l'affaire *Grutter v. Bollinger*, une majorité de cinq juges contre quatre a décidé que la politique de la law school de l'université de Michigan ne violait pas le principe d'égalité inscrit dans le Quatrième Amendement de la Constitution des États-Unis. La majorité estimait que la prise en considération de l'origine raciale par la law school était justifiée par un "compelling state interest." Elle a adhéré à la thèse de la law school selon laquelle la diversité raciale était essentielle à sa mission pédagogique. À cet égard, la Cour a été influencée par le nombre considérable d'observations d'amici curiae émises en faveur de l'université.

Acceptant l'existence d'un intérêt fondamental dans la prise en considération de l'origine raciale dans la politique d'admission, la Cour a ensuite procédé à un contrôle strict ("strict scrutiny") des mesures en question. Ce type de contrôle exige que le programme de la law school soit étroitement lié à l'objectif poursuivi et n'aille pas au-delà de celui-ci. Il s'agit d'un contrôle de proportionnalité approfondi étant donné que toute classification raciale doit rester exceptionnelle. Si la Cour a exigé que la law school examine réellement l'existence d'alternatives neutres par rapport à l'origine raciale, une prise en considération de toutes les options concevables n'a pas été jugée nécessaire.

La ligne de démarcation entre mesures de promotion acceptables et celles qui ne le sont pas est ténue, ainsi qu'il ressort de l'extrait suivant:

"To be narrowly tailored, a race-conscious admissions program cannot use a quota system - it cannot insulate each category of applicants with certain desired qualifications from competition with all other applicants.' Instead, a university may consider race or ethnicity only as a "plus" in a particular applicant's file,' ...In other words, an admissions program must be 'flexible enough to consider all pertinent elements of diversity in light of the particular qualifications of each applicant, and to place them on the same footing for consideration, although not

necessarily according them the same weight."

Ainsi, la "masse critique" recherchée par la law school était acceptable alors qu'un contingent ne le serait pas. Les pourcentages d'étudiants représentant chaque année des races minoritaires démontraient, pour la Cour, la flexibilité du programme d'admission: le nombre d'étudiants afro-américains, latinos et américains indigènes variait entre 13,5% et 20,1%, écart incompatible avec une politique de contingent.

Dans l'affaire Gratz v. Bollinger, une majorité de six juges contre trois a rejeté le programme d'action affirmative adopté par le collège de littérature, science et arts. Deux juges de la majorité dans l'affaire Grutter se sont unis aux quatre de la minorité pour affirmer que la politique du collège, en ce qu'elle attribuait automatiquement à chaque candidat appartenant à un groupe minoritaire sous-représenté, 20 points ou un cinquième des points nécessaires pour être accepté, n'était pas liée de manière suffisamment étroite à l'objectif de diversité raciale et ne satisfaisait pas aux exigences de "strict scrutiny". L'approche du collège ne comportait aucune considération individualisée du candidat et conférait à l'élément de l'origine raciale un caractère quasi-décisif dans le choix de celui-ci.

Parmi les opinions dissidentes, dans l'affaire Grutter, le Chief Justice était d'avis que le programme d'admission de la law school ne répondait pas aux critères de contrôle strict de la Cour en raison d'une discrimination raciale pratiquée au sein des groupes en faveur d'étudiants de groupes raciaux minoritaires. Dans son opinion dissidente, le juge Thomas contestait l'existence même d'un intérêt fondamental pour l'État ou un "compelling state interest". Pour lui, un contrôle strict d'une politique d'admission discriminatoire pratiquée par une law school à vocation élitiste ne permet pas de démontrer son intérêt fondamental, alors que d'autres critères d'admission que l'origine raciale, moins sélectifs, permettraient d'atteindre les mêmes objectifs.

Deux juges de la minorité dans l'affaire Gratz ne se sont pas opposés, en principe, à l'allocation d'un certain nombre de points aux candidats des races minoritaires. Ils ont estimé que cela révèle réellement l'importance accordée à cet élément mais n'exclut pas pour autant la prise en considération des autres mérites de tous les candidats.

Enfin, il est intéressant de noter que la majorité dans l'affaire Grutter v. Bollinger a signalé que les mesures de promotion de groupes raciaux minoritaires doivent connaître un terme. D'après la Cour, elles ne devraient plus être nécessaires au bout de 25 ans.

Supreme Court of the United States, 23.06.03, Grutter v. Bollinger, 539 U.S. - Gratz v. Bollinger, 539 U.S. -

IA/24149-A
IA/24150-A

Constitution des États-Unis - Droits fondamentaux - Protection judiciaire - Ressortissants étrangers détenus sur une base navale des États-Unis en dehors du territoire américain - Incompétence des juridictions américaines

La Court of Appeals for the District of Columbia a jugé que des personnes ne possédant pas la nationalité des États-Unis, capturées pendant les hostilités en Afghanistan et détenues sur la base navale américaine à Guantanamo (Cuba), ne relèvent pas de la compétence des tribunaux américains et ne peuvent donc pas se prévaloir des droits individuels garantis par la Constitution des États-Unis.

Les détenus concernés par cette série d'affaires se sont retrouvés entre les mains des forces américaines par les chemins les plus divers. Certains soutiennent qu'ils étaient en Afghanistan ou au Pakistan pour fournir une aide humanitaire et qu'ils ont été saisis par la population locale et remis aux Américains dans le but d'obtenir une prime. Un détenu avoue avoir été un membre des

Talibans et avoir vécu en Afghanistan jusqu'à ce que l'Alliance du Nord l'ait capturé. D'autres étaient au Pakistan, soit pour un mariage, soit pour rendre visite à des parents, soit encore pour chercher un emploi ou trouver une école pour leurs enfants. Dans cette dernière situation, un détenu de nationalité australienne avait été arrêté par les autorités pakistanaïses et remis aux autorités égyptiennes, qui, à leur tour, l'ont remis à l'armée américaine.

Les détenus nient toute appartenance à une quelconque organisation terroriste ou être des combattants ennemis. Ils nient également avoir commis des actes de violence contre des Américains ou avoir soutenu de tels actes. Ils démentent, en particulier, toute participation, directe ou indirecte, aux attaques du 11 septembre 2001. A Guantanamo, ils n'ont pu avoir accès à un avocat, ni lier des contacts avec leurs familles et n'ont pas été informés des charges pesant contre eux. Ils cherchent, par le biais de la procédure d' Habeas Corpus, à faire contrôler, par les tribunaux américains, la légalité de leur détention.

Tout en présumant la véracité des allégations des détenus, rejetant dans ce contexte la demande du gouvernement américain de les considérer comme des combattants ennemis, la Court of Appeals a estimé qu'une entité étrangère, sans biens ni présence aux États-Unis, ne peut se prévaloir d'aucun droit garanti par la Constitution. Cette conclusion se fonde sur un examen de la jurisprudence antérieure en la matière, notamment un arrêt de la Supreme Court de 1950 (*Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763) concernant des Allemands arrêtés en Chine et transférés en Allemagne entre la capitulation des forces allemandes et la fin de la guerre avec le Japon qui étaient accusés d'avoir aidé ce dernier pays contre les États-Unis. Dans l'arrêt de 1950, la Cour Suprême avait jugé que les tribunaux américains n'étaient pas compétents pour connaître des recours de ces personnes au motif qu'elles ne s'étaient trouvées à aucun moment sur le territoire souverain des États-Unis et que les lieux de leurs crimes, de leur arrestation et de leur détention se trouvaient en dehors de la compétence territoriale des tribunaux

américains. Sur la base de cette jurisprudence, la Court of Appeals a rejeté les demandes dans toutes les affaires dont elle était saisie.

Selon le juge Randolph (s'exprimant pour la Court of Appeals):

"[N]o court in this country has jurisdiction to grant habeas relief (...) to the Guantanamo detainees, even if they have not been adjudicated enemies of the United States. We cannot see why, or how, the writ may be made available to aliens abroad when basic constitutional protections are not. This much is at the heart of *Eisentrager*. If the Constitution does not entitle the detainees to due process, and it does not, they cannot invoke the jurisdiction of our courts to test the constitutionality or the legality of restraints on their liberty."

United States Court of Appeals for the District of Columbia, 11.03.2003, Khaled A.F. Al Odah v. United States of America, www.cadc.uscourts.gov

B. Pratique des organisations internationales

Commission du droit international

Articles sur la responsabilité internationale des États

Par sa résolution 56/83 du 12 décembre 2001, l'Assemblée générale des Nations Unis a pris acte du projet d'articles élaboré par la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité internationale des États. Ainsi, un demi siècle d'efforts codificateurs sont arrivés à une conclusion qui, pour être encore à ce stade provisoire, pourrait bien marquer la bonne fin de l'itinéraire. Deux publications récentes rendent compte de cette nouveauté, à savoir, le livre du Professeur James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press 2002 (dont une version française vient d'être

publiée sous le titre "Les Articles de la Commission du Droit International sur la responsabilité de l'État", Ed. Pedone 2003) et les documents du Symposium de l'American Society of International Law sur le même sujet, publiés dans le numéro d'octobre 2002, vol. 96, 4, de l'*American Journal of International Law*, p.773-890. Il s'agit d'un événement majeur dont on donnera compte ci-après sous trois aspects : l'historique des travaux de la CDI, le contenu des articles et l'intérêt qu'ils présentent du point de vue du droit communautaire.

I. Historique. Les 59 articles issus des travaux de la CDI reposent sur les travaux de cinq rapporteurs successifs, parmi lesquels deux noms doivent être relevés, celui de Roberto Ago, à qui nous devons la pensée fondamentale et la systématique du projet, et celui de James Crawford, dernier rapporteur qui a donné leur forme finale aux articles. La mention de ces deux noms permet de mettre en évidence l'importance de l'événement, puisque c'est la première fois dans l'histoire que nous voyons confluer la *tradition latine* du droit de la responsabilité, dérivée directement du droit romain, et la tradition de la *common law*, tributaire de la même source historique, mais par d'autres intermédiaires (voir W.W. Buckland & Arnold D. Mc Nair, *Roman Law and the Common Law*, 2^e éd., Cambridge, 1965, chap. X et XI. et Walter van Gerven e.a. *Tort Law, Scope of Protection*, Oxford, 1998, p. 52-55).

La longueur du processus est dû au "faux départ" de ce grand projet, attribuable à deux causes. Dans un premier stade, la CDI, au lieu de se concentrer sur les principes de la responsabilité internationale, s'est occupée de problèmes de droit matériel, dans la vaine recherche d'une définition du "crime international" (voir dans Crawford, les p. 14/15, la p. 74 et l'article 19 du projet de 1996, reproduit à la p.153 et s.). Beaucoup de temps a été perdu ensuite dans la tentative de construire un régime de règlement de litiges *ad hoc*, jusqu'au moment où on a reconnu que la responsabilité constitue un aspect potentiel de *toute* adjudication internationale.

C'est Roberto Ago qui a sauvé la situation en distinguant entre les règles "primaires" de

responsabilité (en d'autres termes les sources de responsabilité) et les règles "secondaires" qui font désormais l'objet des articles de la CDI. C'est à James Crawford, dernier dans la ligne des rapporteurs, que l'on doit la mise en forme finale du projet. Les seules traces du temps perdu se retrouvent dans les articles 26, 33.1, 40 et 41, consacrés au *jus cogens*.

2. Analyse des articles. Les 59 articles sont structurés en *quatre Parties* consacrées, respectivement, à la notion de responsabilité et au fait international illicite (art. 1-27), aux conséquences de l'illicite international (art. 28-41), à la mise en œuvre de la responsabilité (art. 42-54) et aux clauses finales (55-59).

La *première Partie* contient les notions fondamentales. Cette partie est intéressante autant par ses dits que ses non dits : les éléments visibles des textes marquent les facteurs de continuité historique, les non dits recouvrent le distanciellement des nouveaux articles par rapport aux notions traditionnelles de la responsabilité.

Tout l'essentiel sur la notion de responsabilité est dit dans les articles 1, 2, 4 et 12 : tout *fait illicite, attribuable* à un État, engage la *responsabilité* de cet État; par "fait illicite" il faut entendre *toute action ou omission* constituant la violation d'une *obligation* internationale. Dans cette série, toutes les notions sont explicites, sauf celle d'"attribution" dont les contours précis sont définis par le rapprochement de l'article 1 et la série des articles 4 à 11, sous réserve de la soustraction qui résulte des causes d'exclusion des articles 20 à 27.

Les *non dits* et les glissements terminologiques par rapport aux règles traditionnelles ne sont pas moins intéressants.

Notons tout d'abord que le terme de l'*attribution* de responsabilité remplace sur toute la ligne celui, plus courant, d'"imputation". On comprend que le premier terme ait reçu la préférence par rapport au second, lourd d'implications pénales.

La notion de "rapport causal", dont le rôle est capital en droit civil, est étrangère aux

articles, mais elle se cache, précisément, sous celle de l'"attribution", et ceci pour de bonnes raisons. En effet, alors que le "rapport causal" est une notion descriptive, la notion d'"attribution" a un caractère volontaire, en ce qu'elle permet d'imposer une responsabilité à un État, même en dehors d'un lien causal clairement établi, par exemple en cas de causalité complexe ou en raison d'un risque assumé. Disparue, par voie de conséquence, l'analyse didactique des causes de responsabilité : *ex contractu*, *ex delicto*, *ex lege* (ou "quasi délictuelle").

Plus important encore : les articles ne font aucune référence à l'élément subjectif que représente la notion de "faute", avec ses sous-catégories de dol, de faute lourde et de faute légère. Mais les articles ont maintenu, comme on vient de voir, à côté de l'action, l'omission d'un État, dont la reconnaissance implique l'existence d'une obligation de précaution ou de diligence. Encore faut-il comprendre que le critère est ici objectif, comme tout le reste.

La responsabilité est rattachée non à la violation d'une règle ou d'une norme, mais d'une "obligation", ce qui met en évidence le caractère fondamentalement contractuel du droit international - étant entendu que la coutume est capable, elle aussi, de fonder des obligations internationales.

A noter enfin que la notion de "dommage" n'apparaît pas dans la définition de la responsabilité internationale. Ce trait sépare le nouveau régime de la notion du *damnum iniuria datum* du droit romain. Le dommage ne fera son apparition que dans la deuxième Partie des articles, non comme une condition de responsabilité, mais comme une conséquence, *parmi d'autres*, de l'illicite international. C'est un bouleversement capital par rapport à la responsabilité civile et la *law of torts*.

Pour résumer, les commentateurs des articles soulignent avec raison que la tendance fondamentale du projet consiste à "objectiver" la responsabilité internationale. J'ajouterai que cette objectivation entraîne une extension considérable du droit de la responsabilité internationale, en créant un

régime de responsabilité multiforme au niveau tant des conditions de la responsabilité que de ses conséquences. C'est en cela que réside le progrès juridique fondamental de ces articles, dont il sera possible de tirer fruit jusque dans les domaines des droits nationaux et, comme nous verrons, du droit communautaire.

Ce progrès caractérise aussi la 2^e Partie, consacrée aux conséquences de la responsabilité. Abstraction faite du détail, cette partie contient les dispositions clés suivantes : le maintien de l'obligation, même après violation (art. 29); la cessation immédiate de la non-exécution; la réparation intégrale (équivalent de la *restitutio in integrum* romaine) des conséquences de l'illicite, avec compensation du dommage, matériel et moral (voir les art. 30 à 38). La précision de ces dispositions laisse apparaître comme strictes et inéluctables les obligations secondaires découlant de la violation de l'obligation primaire (c'est ici qu'apparaît une fois de plus le mérite de la distinction introduite par Roberto Ago). Ces articles traduisent donc, sur toute la ligne, le souci de renforcer l'efficacité du régime de responsabilité dans le domaine international.

Les dispositions des 3 et 4^e Parties sont plus techniques et protocolaires. Les articles 42 et 48 sont importants pour la nomenclature de l'ensemble (p. ex. l'"invocation", précurseur de l'effet direct; les "groupes d'États", la "communauté internationale", les "bénéficiaires de l'obligation violée" etc.). Tout cela mérite d'être exploré. L'article 44 exige comme préalable de la responsabilité l'épuisement des voies de droit internes, s'il y en a. Une série importante de dispositions est consacrée aux contre-mesures, situation spécifique aux rapports internationaux (art. 49 à 55).

3. Quel est l'intérêt des articles pour le droit communautaire? Une constatation générale doit être faite ici en guise d'introduction : les articles de la CDI sont taillés "sur mesure" en vue de régler les problèmes que posent typiquement les rapports entre États. Mais ils ne sont pas, pour autant, dénués d'intérêt dans la perspective du droit communautaire

et, plus spécialement, de l'article 288 (ex 215) du traité CE.

Tout comme la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'achèvement des articles sur la responsabilité conduira, dans son domaine, à une standardisation mondiale de la nomenclature juridique. Or, comme le régime de responsabilité de la Communauté est fondé sur les "principes généraux communs aux droits des États membres", cette standardisation atteindra aussi, par cette voie, le droit communautaire. Il est à espérer que la Cour et le Tribunal seront plus prompts à réagir à cette innovation que ce ne fut le cas au regard des dispositions de la Convention de Vienne, admises en catimini après une très longue période d'ignorance.

Dans cette perspective, il est intéressant de signaler divers points de contact plus concrets.

L'importance de la notion d'"obligation" internationale, placée au cœur de la systématique des articles. Cette vision apporte une justification inattendue à la jurisprudence *Francovich*, dérivée, elle aussi, du non respect d'obligations imposées aux États membres, soit par le traité, soit par les décisions et directives.

Un autre point de contact est donné par les références, discrètes mais réelles, faites par les articles à des acteurs *autres* que les États : la "communauté internationale", les "personnes et entités autres qu'un État", les "groupes d'États", les "bénéficiaires de l'obligation violée" ... (voir aux art. 33 et 48). C'est peu de chose, mais ce sont les bouts de quelques fils qui permettront de mettre en valeur, p. ex., la notion de citoyenneté communautaire ou encore les devoirs de solidarité des États membres.

Les dispositions relatives au *jus cogens* (voir les articles 26, 33.1, 40 et 41, déjà cités) sont intéressantes du point de vue des relations extérieures de la Communauté, puis qu'aussi bien ces règles permettent d'examiner d'un point de vue critique le comportement international de la Communauté et de ses États membres, p. ex. au regard du caractère obligatoire des accords internationaux et de

la règle de bonne foi. De tels éléments ont déjà été thématiques dans la jurisprudence *United Fruit Cy.* (voir la partie liminaire de cet arrêt) et dans l'arrêt *Kupferberg*, où il est expressément question de "responsabilité internationale" assumée par la Communauté au nom de ses États membres.

Dans la juridiction du personnel communautaire, on pourra s'inspirer utilement de l'idée de la réparation "intégrale" des préjudices, selon l'article 34, en vue d'un assouplissement du corset raide des recours en annulation. Le Tribunal administratif de l'OIT, dont le statut n'impose pas la mécanique restrictive de l'annulation, fait un usage beaucoup plus libre de cette catégorie de la responsabilité. Voir son fonds de jurisprudence dans sa base de données TRIBLEX, accessible sur Internet.

Enfin, les dispositions finales (art. 55 à 57) ne sont pas dépourvues d'intérêt, du point de vue de la délimitation du droit international général et des régimes spéciaux de responsabilité.

*
* *

L'Assemblée générale des Nations Unies a laissé ouverte la question du sort futur des articles. Il s'agit de savoir si, à l'instar des articles relatifs au droit des traités et ceux relatifs aux relations diplomatiques et consulaires, il faudrait maintenant convoquer une conférence diplomatique ou s'il ne vaudrait pas mieux de laisser les articles en l'état, en les approuvant. Le Professeur Crawford semble penser que la seconde alternative serait la plus prudente, compte tenu des aléas d'une conférence internationale au regard d'articles d'une importance fondamentale. Je me permets de rappeler pour ma part que cette solution là avait prévalu en son temps en ce qui concerne les règles dites "UNCITRAL" qui ont connu, sous cette forme, un succès extraordinaire dans le domaine de l'arbitrage international. On peut donc sans grand risque traiter ces articles comme un acquis définitif, heureusement de la meilleure qualité.

Pierre Pescatore (15 avril 2003)

C. Législations nationales

Belgique

Conventions internationales relatives à des crimes de droit international - Modifications apportées à la loi belge dite de "compétence universelle"

C'est dans le contexte propre à une fin de législature, à la veille de la dissolution des Chambres, que les parlementaires belges ont adopté la loi du 23 avril 2003 modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, mieux connue comme loi de "compétence universelle" en ce qu'elle permet aux juridictions belges de connaître des actes de génocides, crimes de guerre et crimes contre l'humanité quel que soit le lieu où les faits ont été commis.

Le texte de loi avait donné lieu au dépôt de nombreuses plaintes parmi lesquelles certaines s'étaient avérées pour le moins embarrassantes (ainsi la plainte dirigée contre Ariel Sharon, mis en cause par les plaignants dans les massacres de Sabra et Chatila (voir "Reflets" n° 1/2003, p. 8), ou celle dirigée contre Georges Bush père, Colin Powell et le Général américain Schwarzkopf, en relation avec des bombardements américains durant la guerre du Golfe de 1991).

Aussi les modifications apportées visent-elles à introduire divers "filtres" de nature à limiter le dépôt de plaintes en vertu de ladite loi.

Les juridictions belges restent certes compétentes pour connaître des infractions visées par la loi indépendamment du lieu où elles ont été commises et ce, précise l'article 7 nouveau, même si l'auteur présumé ne se trouve pas en Belgique (ceci visant à écarter l'opinion, défendue notamment par l'avocat général dans "l'affaire Sharon", selon laquelle la loi de compétence universelle ne pouvait s'appliquer que pour autant que l'inculpé se trouve en Belgique). Dans ce cas toutefois, l'action publique ne pourra être introduite que sur réquisition du Procureur fédéral, de

même que lorsque l'infraction n'a pas été commise en Belgique, lorsque l'auteur présumé n'est pas belge ou lorsque la victime n'est pas belge ou ne réside pas en Belgique depuis au moins trois ans. Le Procureur fédéral pourra aussi refuser de requérir une instruction si la plainte est manifestement non fondée, si les faits ne correspondent pas à une qualification de la loi, si une action publique recevable ne peut résulter de cette plainte, ou si, "des circonstances concrètes de l'affaire, il ressort que, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et dans le respect des obligations internationales de la Belgique, cette affaire devrait être portée soit devant les juridictions internationales, soit devant la juridiction du lieu où les faits ont été commis, soit devant la juridiction de l'État dont l'auteur est ressortissant ou celle du lieu où il peut être trouvé, et pour autant que cette juridiction est compétente, indépendante, impartiale et équitable". Pareil refus est susceptible de recours devant la chambre des mises en accusation.

En outre, l'article 7, paragraphes 2, 3 et 4 institue, dans trois hypothèses, une possibilité de dessaisissement, par la Cour de Cassation et à l'initiative du pouvoir exécutif, de la juridiction belge saisie des faits. Parmi ces hypothèses, on retiendra celle où, pour autant que la victime ne soit pas belge ou que les faits n'aient pas été commis en Belgique, et lorsque l'auteur présumé est ressortissant d'un État dont la législation incrimine les violations graves du droit humanitaire et garantit aux parties le droit à un procès équitable, le Ministre de la Justice peut, après décision délibérée en Conseil des Ministres, porter les faits allégués à la connaissance de cet État, la Cour de cassation prononçant alors, sur réquisition du procureur général, le dessaisissement de la juridiction belge. En ce qui concerne les affaires en cours, la décision est prise après avis de la Chambre des mises en accusation (paragraphe 4).

On relèvera que le Conseil d'État estimait le texte ambigu, sa rédaction ne paraissant pas se concilier avec le principe de la séparation des pouvoirs. La section de législation de la haute juridiction administrative, dont l'avis fut sollicité in extremis, notait ainsi que c'est le pouvoir exécutif qui décide du

dessaïssement de la juridiction belge, l'intervention de la Cour de cassation n'apparaissant que purement formelle. En outre, notait le Conseil d'État, l'intervention de la chambre des mises en accusation pour les dossiers en cours se limite à un simple avis qui ne lie en rien le pouvoir exécutif.

Il est intéressant de signaler par ailleurs que quelques jours à peine après leur entrée en vigueur le 7 mai, les nouvelles dispositions ont déjà été mises en œuvre à l'occasion d'une plainte déposée contre le général américain Tommy Franks, commandant en chef des troupes américano-britanniques durant le conflit en Irak, accusé de crime de guerre par plusieurs plaignants irakiens. Le gouvernement belge, prié par les autorités américaines de faire en sorte que cette plainte qualifiée par elles de "grotesque" soit déclarée irrecevable, en a en effet assuré le renvoi aux États-Unis par application de la loi de compétence universelle dans sa nouvelle mouture.

Par contre, la plainte déposée contre le général israélien Amos Yaron, mis en cause aux côtés de l'actuel Premier ministre israélien Ariel Sharon (voir ci-dessus et "Reflets" n° 1/2003), a, quant à elle, été déclarée recevable par la Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Liège le 10 juin.

On notera enfin qu'à l'occasion des négociations portant sur la formation du prochain gouvernement fédéral, un accord politique a été trouvé pour qu'un nouveau projet de modification de la loi soit déposé au Parlement dès la mise en place du nouvel exécutif. Il est rapidement apparu en effet que la modification actuelle ne suffisait pas à apaiser les tensions diplomatiques suscitées par les plaintes déposées en vertu de la loi (les autorités US ayant ainsi, par exemple, remis en cause le siège bruxellois du quartier général de l'OTAN). Cette future modification fera l'objet d'une analyse en profondeur dans la prochaine édition de Reflets.

France

Révision constitutionnelle - Organisation décentralisée de la République

Le 17 mars 2003, les parlementaires français réunis en Congrès (Assemblée Nationale et Sénat) à Versailles ont adopté la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République.

La réforme érige la décentralisation en valeur fondamentale de la République, aux côtés de l'indivisibilité de celle-ci et de l'égalité des citoyens devant la loi, principe inscrit dans l'article 1er de la Constitution : "*La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée*".

Plus marquante encore, est l'insertion dans la Constitution d'un principe de subsidiarité. Le mot n'apparaît pas, mais l'idée se détache clairement du nouvel article 72, al.2 : "*Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon*". Même si la portée d'une telle disposition reste à préciser, on comprend que l'État central n'a plus vocation à garder une place prépondérante dans la répartition des compétences entre les collectivités territoriales et lui.

Au-delà de sa portée symbolique très forte, la révision constitutionnelle s'articule plus concrètement autour de quatre grands thèmes.

- Une nouvelle organisation des collectivités territoriales

Le nouvel article 72, al.1 marque la consécration constitutionnelle de la Région alors que les Territoires d'Outre Mer (TOM) sont remplacés par les "*collectivités d'outre-mer à statut particulier*".

L'article 72, al.1 permet également au législateur de créer des collectivités à statut particulier (ex. : la Corse), dorénavant prises en compte par la Constitution et même de procéder à des redécoupages territoriaux en

fusionnant plusieurs collectivités entre elles : *"Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa"*.

Le rapport des collectivités entre elles n'est plus tout à fait figé non plus. Si le principe de libre administration s'est longtemps traduit par l'impossibilité pour une collectivité d'exercer une tutelle sur une autre, le nouvel article 72, al.5 permet à l'une d'entre elles d'exercer un certain rôle de chef de file : *"Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leur groupement à organiser les modalités de leur action commune"*.

- *Le renforcement de l'autonomie des collectivités territoriales*

L'autonomie des collectivités territoriales par rapport à l'État est renforcée sur les plans administratif et financier.

Du point de vue administratif, le pouvoir réglementaire des collectivités territoriale est dorénavant inscrit dans la Constitution (art. 72, al.3). Il s'agit de mieux protéger la marge de manœuvre dont elles disposent pour exercer leurs compétences propres contre les empiètements du pouvoir central.

L'autonomie financière des collectivités territoriales est également consolidée par le nouvel article 72-2 qui dispose que *"les recettes fiscales et les autres ressources propres des collectivités territoriales représentent, pour chaque catégorie de collectivités, une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources"* (al.3) et qui garantit la libre disposition de ces ressources (al.1). Il affirme aussi le principe selon lequel tout transfert de compétences doit nécessairement s'accompagner du transfert de ressources équivalentes (al.4). Dans cette perspective, il donne aux collectivités la faculté de recevoir tout ou partie des impositions de toute nature (mêmes nationales) et d'en fixer - sous certaines conditions - l'assiette et le taux (al.2). Pour corriger les inégalités territoriales par une

meilleure répartition des ressources, il inscrit enfin dans la Constitution le principe de péréquation (al.5).

- *Le développement de la démocratie directe au niveau local*

Le nouvel article 72-1 donne un cadre constitutionnel à la faculté d'expression directe des citoyens. Il institue le droit de pétition (al.1) par lequel les électeurs pourront faire inscrire toute question relevant des compétences de la collectivité en question à l'ordre du jour de son assemblée délibérante.

Il élargit le champ du référendum local en prévoyant que les électeurs pourront être consultés sur des questions relatives à l'organisation de la collectivité (al.3), telles que, par exemple, la création d'une collectivité territoriale à statut particulier ou les limites d'une collectivité existante.

Toutefois, le progrès majeur en matière de démocratie directe reste la possibilité de donner un caractère décisionnel - et non plus seulement consultatif - aux référendums locaux (al.2).

- *Le respect des spécificités locales : le droit à l'expérimentation et l'outre-mer*

La réforme adapte le texte constitutionnel afin que les spécificités de chaque collectivité territoriale et les initiatives locales soient mieux prises en compte dans le contexte d'un État plus décentralisé.

Pratiquement, cela se traduit d'abord par la reconnaissance d'un droit à l'expérimentation au bénéfice des collectivités territoriales. En vertu de l'article 72, al.4, elles pourront expérimenter des modifications ou adaptations de lois ou de règlements qui concernent leur domaine de compétence. Ce dispositif est strictement encadré : l'expérimentation devra être autorisée par la loi ou le décret dont il est question (v. nouvel art.37-1) et elle ne pourra pas concerner les conditions d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti. À l'issue de l'expérimentation, le législateur ou le gouvernement pourra tirer les conséquences utiles : généralisation de la règle expérimentée, modification ou abandon.

La nouvelle attention que la Constitution porte aux spécificités locales apparaît encore mieux à travers le nouveau statut des collectivités d'outre-mer. À cet égard, la réforme tend à mettre le droit constitutionnel français en conformité avec le droit communautaire. L'article 299 § 2 du traité CE vise en effet les "régions ultra-périphériques" dans lesquelles s'applique l'intégralité du droit communautaire "en tenant compte des caractéristiques et contraintes particulières" de ces régions. Cette formule est reprise presque intégralement par le nouvel article 73, al.1. Et l'article 73, al.2 va même plus loin en prévoyant que départements ou régions d'outre-mer "peuvent être habilités par la loi à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi". Quant aux collectivités d'outre-mer à statut particulier, l'article 74 mentionne expressément que leur nouveau statut "tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République". Ces déclarations s'accompagnent d'assouplissements significatifs des procédures par lesquelles les collectivités d'outre-mer pourront assimiler la loi ou le règlement.

Irlande

Examen des mesures législatives européennes - Rôle du parlement - Introduction d'une nouvelle loi permettant l'examen préalable desdites mesures

Une loi, dont le besoin se faisait sentir depuis longtemps, est entrée en vigueur en Irlande à la fin de l'année 2002. Il s'agit du European Union (Scrutiny) Act, 2002, texte qui permet l'examen, par le parlement irlandais, des mesures législatives européennes.

La loi prévoit qu'aussitôt un projet de loi présenté par la Commission ou un État membre, le ministre concerné doit le soumettre aux deux chambres du parlement avec un résumé du projet ainsi qu'une analyse de ses répercussions probables dans l'ordre juridique irlandais. Cette obligation

concerne tout règlement ou directive dans le cadre du Traité CE, toute action et position commune dans le cadre des articles 14 et 15 du Traité UE et toute mesure pour laquelle l'approbation préalable du parlement irlandais est nécessaire dans le cadre de l'exercice de ses options concernant sa participation à certaines mesures communautaires. Cette dernière hypothèse vise les mesures relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale, les mesures relevant du titre IV du Traité CE, l'acquis Schengen et la coopération renforcée. Le ministre doit ensuite tenir compte des recommandations faites par le parlement.

Bien que la portée de la loi semble large, des exceptions importantes sont néanmoins établies. Ainsi, le ministre est dispensé de son obligation de présenter le projet de loi dès lors que le temps ne lui paraît pas suffisant pour un examen approprié par le parlement. Il en va de même s'agissant d'un projet, qui, de l'avis du ministre, est confidentiel.

Le débat né à l'occasion du referendum pour la ratification du traité de Nice a révélé l'importance de l'Union européenne pour l'État irlandais et a poussé les parlementaires d'être mieux informés sur les développements juridiques en provenance de Bruxelles. Cette loi tente de répondre à cette nouvelle prise de conscience.

European Union (Scrutiny) Act, 2000, (Number 25 of 2002), 23/10/2002

Italie

Convention européenne des droits de l'homme - Article 6 - Durée excessive des procédures judiciaires - Loi prévoyant le droit à une "réparation équitable" pour les personnes ayant subi un préjudice patrimonial ou moral du fait de la violation dudit article par les autorités judiciaires nationales

Suite aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ayant à plusieurs reprises

condamné la République italienne pour violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après: la "CEDH") et notamment du droit y reconnu d'être entendu par une autorité judiciaire "dans un délai raisonnable", le législateur italien a mis en place un instrument permettant à tous ceux qui ont subi un dommage du fait de la longueur excessive du procès d'obtenir une réparation en équité.

Il s'agit de la loi du 24 mars 2001, n° 89 (GURI du 3 avril 2001, SO, n° 78), prévoyant le droit à une "réparation équitable" pour les personnes ayant subi un préjudice patrimonial ou moral suite à la violation du droit fondamental consacré par l'article 6 de la CEDH. La loi donc ne contient pas de règles permettant la réduction de la durée du procès mais vise uniquement la demande de réparation. Elle offre la possibilité de contester, comme le prévoit l'article 13 de la Convention, la violation de l'article 6 par les autorités judiciaires italiennes.

Aux termes de l'article 3 de cette loi, la Cour d'appel du district dans lequel le juge compétent a son siège pour juger des procédures diligentées contre ces autorités est compétente pour statuer sur les demandes.

Le recours est possible pendant la procédure dont on conteste la durée excessive ou bien après celle-ci, mais au plus tard dans les six mois du prononcé de l'arrêt.

Il est intenté contre le Ministre de la justice, quand il s'agit des procédures se déroulant devant le juge ordinaire, contre le Ministre de la défense, pour celles se déroulant devant les juges militaires, ou bien contre le Ministre des finances, pour celles se déroulant devant le juge fiscal. Dans tous les autres cas, le défendeur est le Président du Conseil des Ministres.

La Cour d'appel se prononce par "decreto" dans un délai de quatre mois; la procédure ne comprend normalement ni phase d'instruction, ni phase orale. Les parties peuvent néanmoins produire des documents ou demander à la Cour d'appel qu'elle en

ordonne la production, et également être entendues in "camera di consiglio", sans que soit fixée une audience.

Le "decreto" peut faire l'objet d'un recours en cassation.

Selon l'article 2 de la loi, pour constater la violation du droit consacré dans ledit article 6 de la CEDH, la Cour d'appel doit prendre en considération, d'une part, la complexité de la procédure contestée et, d'autre part, la conduite du juge, des parties et de toutes les autorités ayant participé à celle-ci. Le calcul du montant de la réparation doit être effectué sur la base des critères indiqués dans le code civil pour le calcul des dommages et intérêts; il doit prendre en compte uniquement la durée de la procédure judiciaire au-delà de celle considérée comme raisonnable. En outre, la réparation peut inclure d'autres modalités, telle la publication du "decreto" constatant la violation de l'article 6 de la CEDH.

Dans ses arrêts du 26 juillet 2002, n° 11046 et du 8 août 2002, n° 11987, la Cour de cassation a tranché la question de la nature du droit à réparation tel que prévu par la loi. Elle a déclaré que ce droit a pour objet une indemnisation et non des dommages et intérêts, dans la mesure où il découle directement de la violation de la CEDH et non d'une prétendue faute de l'autorité judiciaire. Il s'ensuit que l'obligation à la réparation équitable n'est pas ex delicto mais ex lege.

Dans le dernier arrêt, elle a néanmoins affirmé que, puisque ce droit à être indemnisé est lié à l'existence d'un préjudice, le demandeur doit le démontrer. Dès lors, contrairement aux violations des droits fondamentaux, prévus dans la Constitution italienne, qui donnent directement droit à réparation, la violation du droit à une durée raisonnable du procès, consacré à l'article 111 de la Constitution, ne comporte pas automatiquement obligation de réparer, puisque cette disposition est "una norma programmatica" laquelle "prefigura un canone oggettivo della funzione giurisdizionale e non direttamente una garanzia del singolo strutturata in termini di

diritto soggettivo". Elle vise uniquement les lois et non les actes des autorités judiciaires.

En outre, en ce qui concerne l'appréciation de l'existence de ce droit, la Cour de cassation a déclaré que la Cour d'appel n'est pas liée par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, car "diversamente dalla sentenza della Corte di giustizia europea di Lussemburgo -che al pari dei regolamenti del Consiglio CE, hanno diretta efficacia nell'ordinamento interno- per le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo non sussistono, nel quadro delle fonti, analoghi meccanismi normativi che ne prevedano la diretta vincolatività per il giudice interno" (arrêt de 2002, n° 11987). Elle a également souligné que, en tout état de cause, une interprétation de l'article 6 de la CEDH contraire à celle suivie par la Cour européenne rendrait vain le "but pratique" de la loi qui est d'introduire un mécanisme destiné à permettre la réparation des préjudices causés par la durée excessive du procès (arrêt de 2002, n° 11046).

D. Échos de la doctrine

Les actions spécifiques ("golden shares") à l'épreuve de la jurisprudence communautaire en matière de libre circulation des capitaux

Dans ses arrêts du 4 juin 2002, dans les affaires C-367/98, Commission c. Portugal (Rec. p. I-04731), C-483/99, Commission c. France (Rec. p. I-04781) et C-503/99, Commission c. Belgique (Rec. p. I-04809), la Cour a été appelée à se prononcer sur la compatibilité avec le droit communautaire de régimes juridiques nationaux réservant au pouvoir exécutif certaines prérogatives d'intervention dans la structure de l'actionnariat et dans la gestion d'entreprises privatisées relevant de domaines de l'économie considérés comme stratégiques ('golden shares' ou 'actions spécifiques'). Très instructifs du point de vue de la délimitation de la portée de l'article 56 CE, ces trois arrêts ont également permis à la Cour d'identifier un certain nombre de critères

fondamentaux pour apprécier la régularité des actions spécifiques à l'égard des dispositions du Traité en matière de libre circulation des capitaux.

Selon E. Guillaume ("Libre circulation des capitaux: les enseignements des arrêts de la Cour européenne de justice du 4 juin 2002", Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, 2002, p. 640), les trois arrêts du 4 juin 2002 "s'inscrivent dans une continuité jurisprudentielle qui tend à encadrer de manière stricte les dérogations aux principes généraux du Traité. Ils ne condamnent pas la pratique des golden shares mais rappellent les limites assignées aux États membres quand ils restreignent la libre action des intervenants sur les marchés". C'est également l'avis de L. Idot (Europe, août-septembre 2002, p. 19), pour qui ces arrêts "sont dans la droite ligne de la jurisprudence désormais constante en matière de libre circulation des capitaux" (cf., notamment, les arrêts de la Cour du 14 décembre 1995, aff. C-163, 165 et 250/94, Sanz de Lera, Rec. p. I-4821 et du 1er juin 1999, aff. C-302/97, Konle, Rec. p. I-3099) et "illustrent de manière particulièrement claire les objectifs de la Cour [dans ce domaine]. Si les réglementations nationales peuvent être justifiées par des objectifs légitimes, encore faut-il que le législateur national, non seulement affirme clairement ces derniers, mais [fasse] attention dans la rédaction des textes de ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire. En d'autres termes, le droit communautaire oblige le législateur national à préciser ses objectifs et les moyens de les atteindre".

Tout en partageant, dans ses aspects essentiels, cette analyse, M. Lombard ("Les pouvoirs attachés aux actions spécifiques lors des privatisations doivent être strictement encadrés", Droit Administratif, juillet 2002, p. 21, sp. p. 22) souligne, en outre, l'importance que la Cour semble avoir attachée dans ces affaires au principe de sécurité juridique. Selon cet auteur, "si l'action spécifique n'est pas condamnée par elle-même, les prérogatives qui lui sont attachées doivent être strictement définies, afin que tout investisseur potentiel connaisse précisément les règles du jeu, qui doivent s'exercer de façon ouverte et transparente.

Tels sont ici les corollaires du principe de sécurité juridique, que fait prévaloir la Cour, dans un domaine où les États ont eu quelques réticences à se départir progressivement de leurs pouvoirs, dont le mystère fait une partie de la puissance”.

D. Grisay (“Privatisation, golden shares et droit européen”, *Journal des Tribunaux/Droit Européen*, 2002, n° 94, p. 238, sp. p. 240), à son tour, met en évidence “la position de neutralité par rapport aux législations nationales visant à conserver un contrôle sur des entreprises sensibles lors de leur privatisation” sur laquelle la Cour a entendu s’aligner. Percevant la solution retenue par la Cour comme un juste milieu entre la position relativement sévère adoptée par la Commission dans sa communication de 1997 [Communication de la Commission du 17 juillet 1997 concernant certains aspects juridiques touchant aux investissements intracommunautaires, *J.O. C 220/1997*, p. 15] et la position libérale défendue par M. l’avocat général Colomer dans ses conclusions, il remarque notamment que si “[l]a Cour de justice se prononce fermement en faveur du principe de la libre circulation des capitaux [elle] admet en ce qui concerne les exceptions le maintien de mesures raisonnables de contrôle, sans exiger de la part de l’État membre en cause la démonstration du fait que la mesure prise était la moins restrictive de la libre circulation possible”. Il ajoute: “[c]’est la Commission qui devra donc supporter le fardeau de la preuve de l’existence de potentielles mesures moins restrictives de la libre circulation des capitaux, ce qui facilitera certainement la tâche des administrations nationales défendant leurs régimes d’exceptions”.

E. Guillaume (op. cit., p. 643) met quant à lui en exergue la valeur pédagogique des trois arrêts pour les États membres. À cet égard, il observe notamment que la Cour a procédé “à deux rappels qui n’apparaissent pas inutiles, compte tenu des moyens de défense adoptés par les États [...]. Tout d’abord, l’absence de caractère discriminatoire entre les ressortissants des différents États membres ne suffit pas à rendre acceptables [des] mesures restrictives. En second lieu, l’intérêt

économique ou financier d’un État ne saurait tenir lieu de motif impérieux d’intérêt général”. Ces aspects ont également retenu tout particulièrement l’attention de E. Gippini Fournier et J. A. Rodríguez Miguez (“Golden shares en la Comunidad Europea: ¿fin de la edad dorada?”, *Gaceta Jurídica*, n° 220, Julio/Agosto 2002, p. 38, sp. p. 58) qui observent: “estas sentencias parecen descartar cualquier noción de ‘especificidad’ de las empresas de anterior titularidad pública. Los poderes que pueda reservarse el Estado en tales empresas son objeto de un análisis tradicional idéntico al que aplica el Tribunal a cualquier medida pública susceptible de restringir una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, y de ninguna manera más laxista o permisiva. En particular, le Tribunal rechaza que puedan considerarse ‘intereses legítimos’ aquéllos que estén insuficientemente definidos, y solamente acepta aquéllos que presentan un grado de concreción suficiente. Ni los intereses financieros del Estado, ni motivos de política económica, ni ‘la elección de un socio estratégico’, ni ‘la modernización y el reforzamiento de la eficacia de los medios de producción’, ni el recurso a nociones vagas pueden constituir ‘razones imperiosas de interés general’ en le sentido dado a esta expresión por la jurisprudencia. El tipo de intereses considerados como legítimos por el Tribunal confirma la necesidad de concreción en su formulación y el firme rechazo de toda justificación de naturaleza económica”.

Favorable à la position adoptée par la Cour dans ces affaires en ce qui concerne la définition des motifs d’intérêt général permettant de déroger aux libertés de circulation, H. Fleischer (*Common Market Law Review*, 2003, p. 493, sp. p. 498) se montre, toutefois, quelque peu déçu du fait qu’elle se soit abstenue de se prononcer sur la compatibilité des législations nationales en cause avec les dispositions du Traité en matière de liberté d’établissement et se soit bornée à les apprécier uniquement à l’aune de la libre circulation des capitaux. à cet égard, l’auteur observe: “[a]s to the Court’s reluctance to rule on the details of freedom of establishment, it is a perfectly legitimate example of economy in the administration of

justice. By doing so, however, the Court sidesteps two crucial questions which have given rise to a vivid discussion among commentators. The first issue is the relationship between Article 56 EC and Article 43 EC: some authors support a concept of coexistence; others disagree and argue that the fundamental freedoms are mutually exclusive. Closely connected is a second controversy concerning the exact scope of the freedom of establishment: while it is well established that Article 43 EC includes investments granting control in the management of the company and excludes mere portfolio investments, drawing the line between those two kinds of investment has proved to be difficult [...]. If anything can be gleaned from the 'golden shares' cases, it is the observation that the Court prefers to examine shareholders restrictions under the rules on freedom of capital and to address company-related issues under the rules on freedom of establishment".

Enfin, il est clair, comme le souligne E. Guillaume (op. cit., p. 645), que les arrêts du 4 juin 2002 ont au moins le mérite de "rappeler aux États, lorsqu'ils interviennent dans la sphère de l'économie qui est par essence le champ d'action de l'initiative privée en économie libérale, que les restrictions imposées doivent non seulement répondre à un intérêt légitime, mais aussi être précisément encadrées. Le pouvoir discrétionnaire trouve de moins en moins sa place, alors que les sujétions publiques doivent être davantage justifiées. La légitimité de l'action des États au nom de l'intérêt général n'est pas mise en cause, mais leur soumission à la règle de droit s'en trouve raffermie dans l'intérêt général". C'est ce que vient de confirmer la Cour dans ses arrêt du 13 mai 2003, dans les affaires C-463/00, Commission c. Espagne et C-98/01, Commission c. Royaume-Uni (non encore publiés). Encore une occasion en or pour la doctrine de se pencher à nouveau sur la problématique des golden shares et de leur compatibilité avec le droit communautaire.

Avertissement

Les textes et documents auxquels se réfèrent les informations relevées ci-après sont en principe 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 "Échos de la doctrine" ont été rigoureusement sélectionnées. Un relevé exhaustif des notes publiées figure dans la base interne NOTES.

La publication "Reflets" est disponible sur les sites Internet et Intranet de la Cour à partir de la page "Recherche et Documentation" :

- <http://curia.eu.int/fr/recdoc/>
 - <http://intranet/rd>
-