



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.....	4
II. Juridictions nationales.....	6
États membres	6
Allemagne.....	6
Autriche	9
France	10
Italie.....	12
Royaume-Uni.....	14
Pays tiers	18
B. Pratique des organisations internationales	19
Organisation mondiale du commerce	19
C. Législations nationales	20
Allemagne.....	20
Autriche	21
D. Échos de la doctrine	24
L'application du droit communautaire de la concurrence à la profession d'avocat.....	24
Épuisement du droit de marque et consentement	27

A. Jurisprudence

I. Juridictions européennes et internationales

Cour européenne des droits de l'homme

Convention européenne des droits de l'homme - Droit à un procès équitable - Absence de communication préalable du sens des conclusions de l'avocat général et impossibilité d'y répliquer par écrit - Violation de l'article 6, § 1 de la Convention - Impossibilité de prendre la parole à l'audience - Monopole des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation français - Non-violation de l'article 6, §§ 1 et 3 de la Convention

La Cour EDH réunie en Grande Chambre a rendu récemment son arrêt dans l'affaire Meftah et autres c. France, concernant le caractère équitable de la procédure pénale menée devant la chambre criminelle de la Cour de cassation. Elle a jugé qu'il n'y avait pas violation de l'article 6, §§ 1 et 3 du fait de l'impossibilité pour les requérants de prendre la parole à l'audience de la Cour de cassation. En revanche, elle a estimé que l'absence de communication du sens des conclusions de l'avocat général

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>

préalablement à l'audience et l'impossibilité pour les parties d'y répliquer constituait une violation de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention.

À titre liminaire, la Cour EDH rappelle qu'il faut tenir compte des "particularités de la procédure devant la chambre criminelle de la Cour de cassation" laquelle assure un "contrôle limité au respect du droit, y compris les règles de compétence et de procédure, à l'exclusion de l'appréciation des faits stricto sensu qui relève de la seule compétence des juridictions du fond". "Sauf exceptions, relève la Cour EDH, la procédure devant la Cour de cassation est essentiellement écrite, y compris en cas d'intervention d'un avocat aux Conseils" qui ne bénéficie pas lui-même d'un "droit absolu à présenter des observations orales".

La Cour EDH note qu'en l'espèce, les pourvois en cassation ont été formés après que les arguments des requérants aient été examinés tant par les juridictions de première instance que par les cours d'appel, tribunaux qui avaient pleine juridiction et qui ont tenu des audiences auxquelles les requérants ou leur avocat ont comparu et participé aux débats dans le respect des règles prévues à l'article 6 de la Convention.

S'agissant du droit pour le demandeur en cassation de prendre la parole à l'audience, la Cour EDH constate que "le débat susceptible d'intervenir au cours d'une audience devant la chambre criminelle de la Cour de cassation est particulièrement technique et porte uniquement sur des moyens de droit". Ainsi, "la participation orale des requérants à l'audience de la Cour de cassation s'inscrirait dans une approche par trop formaliste de la procédure".

S'agissant du monopole dont bénéficient les avocats aux Conseils, la Cour EDH rappelle que "le droit pour tout accusé à l'assistance d'un défenseur de son choix ne saurait avoir un caractère absolu et que, partant, les juridictions nationales peuvent passer outre s'il existe des motifs pertinents et suffisants de juger que les intérêts de la justice le commandent" et que, par ailleurs, "il convient de prendre en considération la

directive 98/5, ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes y afférente". "En tout état de cause, les avocats aux Conseils sont, comme les avocats inscrits à un barreau, membres d'une profession judiciaire réglementée et ils sont indépendants à l'égard des juridictions. Les justiciables peuvent donc, selon le cas, librement choisir leur conseil parmi les membres de l'un ou l'autre de ces Ordres".

La Cour relève encore que "au demeurant le système français propose aux justiciables d'opérer un choix, à savoir être ou non représentés par un avocat à la Cour de cassation", que "les plaidoiries sont facultatives" et que "en pratique, les avocats aux Conseils n'assistent pas aux audiences, sauf dans des cas exceptionnels". La Cour conclut sur ce point que "la spécificité de la procédure devant la Cour de cassation, considérée dans sa globalité, peut justifier de réserver aux seuls avocats spécialisés le monopole de la prise de parole et qu'une telle réserve n'est pas de nature à remettre en cause la possibilité raisonnable qu'ont les requérants de présenter leur cause dans des conditions qui ne les placent pas dans une situation désavantageuse". Le fait pour les requérants de n'avoir pas l'occasion de plaider leur cause oralement, personnellement ou par l'intermédiaire d'un avocat inscrit à un barreau, ne porte donc pas atteinte à leur droit à un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention.

En ce qui concerne l'absence de communication aux requérants du sens des conclusions de l'avocat général et l'impossibilité d'y répliquer par écrit, la Cour EDH, rappelant sa jurisprudence (principalement l'arrêt Reinhardt et Slimane-Kaïd / France du 31 mars 1998 [voir à ce sujet, Reflets n° 2/2000, p. 3 et s.]) a jugé que "compte tenu de l'enjeu pour les intéressés dans la procédure et de la nature des conclusions de l'avocat général, l'impossibilité pour les requérants de répondre à celles-ci avant que la Cour de cassation ne rejette leur pourvoi a méconnu leur droit à une procédure contradictoire. S'il est vrai que les requérants n'ont pas demandé l'aide juridictionnelle pour disposer d'une représentation par un avocat spécialisé, ils

n'en ont pas pour autant renoncé au bénéfice des garanties d'une procédure contradictoire (...). Or, en l'espèce, (...) les requérants n'ont pu connaître le sens des conclusions de l'avocat général avant l'audience de la Cour de cassation et, partant, n'ont pu y répondre par une note en délibéré (...), alors même qu'ils ont le droit de déposer avant l'audience un mémoire signé par eux (...). En outre, la transmission du sens de ces conclusions pourrait d'ailleurs s'avérer utile pour éclairer les demandeurs au pourvoi quant à leurs choix procéduraux”.

La Cour EDH conclut qu'il y a eu, en l'espèce, violation de l'article 6, paragraphe 1. Les juges Lorenzen, Costa, Loucaides et Zagrebelsky ont exprimé chacun une opinion séparée, dont le texte est joint à l'arrêt.

Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 26.07.02, Meftah et autres/France

IA/ 22866-A

Convention européenne des droits de l'homme - Droit au respect de la vie privée et familiale, droit de se marier et de fonder une famille - Non-reconnaissance juridique de la conversion sexuelle dans les domaines de l'emploi, de la sécurité sociale et des pensions - Violation des articles 8 et 12 de la Convention

Les arrêts qu'a rendus récemment la Cour EDH dans les affaires Goodwin/Royaume-Uni et I./Royaume-Uni constatent, à propos de la non-reconnaissance juridique de la conversion sexuelle de deux personnes dans les domaines de l'emploi, de la sécurité sociale et des pensions, une violation du droit au respect de la vie privée et familiale ainsi que du droit de se marier et de fonder une famille prévus respectivement par les articles 8 et 12 de la Convention.

Dans ces affaires, les requérantes, ayant subi chacune une opération de conversion sexuelle (du sexe masculin au sexe féminin) tout en demeurant de même sexe sur le plan juridique, se plaignaient de la non-reconnaissance juridique de leur nouvelle

identité sexuelle et du statut juridique des transsexuels au Royaume-Uni, en particulier dans les domaines de l'emploi, de la sécurité sociale et des pensions, ainsi que de l'impossibilité pour elles de se marier.

À titre liminaire, la Cour EDH relève “qu'aucune découverte concluante n'est intervenue concernant les causes du transsexualisme”, mais elle juge “significatif le fait qu'il est largement reconnu au niveau international que le transsexualisme constitue un état médical justifiant un traitement”. Elle précise qu'elle n'est pas convaincue que l'impossibilité pour les personnes transsexuelles d'acquérir toutes les caractéristiques biologiques du nouveau sexe revête une importance décisive. La Cour relève également l'existence “d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés”. La Cour EDH constate également qu'on ne peut mettre en évidence “aucun risque réel de préjudice susceptible de résulter pour des tiers de modifications du système d'enregistrement des naissances à la suite d'une reconnaissance de la conversion sexuelle”, et relève que le gouvernement concerné examine actuellement des “propositions de réforme du système d'enregistrement tendant à rendre possible en permanence la modification des données relatives à l'état civil”.

La Cour EDH souligne que “la dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention” et que “sur le terrain de l'article 8 de la Convention en particulier, où la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de cette disposition, la sphère personnelle de chaque individu est protégée, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain”. “Au XXI^e siècle, poursuit la Cour EDH, la faculté pour les transsexuels de jouir pleinement, à l'instar de leurs concitoyens, du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale ne saurait être considérée comme une

question controversée exigeant du temps pour que l'on parvienne à appréhender plus clairement les problèmes en jeu”.

Tout en précisant qu'elle ne sous-estime pas les importantes répercussions qu'un changement fondamental du système aura inévitablement dans tous les domaines, notamment de l'enregistrement des naissances, du droit de la famille ou des successions, la Cour EDH rappelle que, depuis 1986, elle insiste sur “l'importance d'examiner de manière permanente la nécessité de mesures juridiques appropriées, eu égard à l'évolution de la science et de la société”. Elle conclut à un manquement au respect du droit de l'intéressée au respect de sa vie privée, en violation de l'article 8 de la Convention.

La Cour EDH précise que l'article 12 de la Convention vise expressément le droit pour un homme et une femme de se marier, et qu'elle n'est “pas convaincue que l'on puisse continuer d'admettre que ces termes impliquent que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques”. S'agissant du fait que le droit national retienne aux fins du mariage le sexe enregistré à la naissance, la Cour EDH considère qu'il est “artificiel d'affirmer que les personnes ayant subi une opération de conversion sexuelle ne sont pas privées du droit de se marier puisque, conformément à la loi, il leur demeure possible d'épouser une personne du sexe opposé à leur ancien sexe” et qu'il y a bien là une limitation portant atteinte à la substance même du droit de se marier. La Cour considère par ailleurs qu'il n'existe aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés en toutes circonstances du droit de se marier. Elle conclut à la violation de l'article 12 de la Convention.

Cour européenne des droits de l'homme, arrêts du 11.07.02, Christine Goodwin/Royaume-Uni et I./Royaume-Uni

IA/22902-A (Goodwin) et IA/22903-A (I.)

Cour AELE

Espace économique européen - Concurrence - Ententes - Accord d'exclusivité - Exemption par catégories - Règlement n° 1984/83 - Accords d'achat exclusif conclus entre des stations-services et des fournisseurs de produits pétroliers et de lubrifiants

Saisie à titre préjudiciel par une juridiction norvégienne, la Cour AELE a dû apprécier la compatibilité avec le droit de la concurrence dans l'Espace économique européen d'un accord d'achat exclusif conclu entre une station-service et un fournisseur de produits pétroliers et de lubrifiants, qui ne pouvait être dénoncé par la station-service pour une période de 15 ans.

La Cour examine d'abord si ledit accord peut bénéficier de l'exemption prévue au règlement (CEE) n° 1984/83 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords d'achat exclusif, et ensuite si l'accord tombe sous l'interdiction de l'article 53, paragraphe 1, de l'Accord EEE.

Au regard de la première question, la Cour répond par la négative en constatant que:

“The Court notes that Regulation 1984/83 contains special rules for service station agreements. Those rules, which differ from the general provisions applicable to exclusive purchasing agreements, are contained in Articles 10 to 13 of that regulation. It follows from Article 10 that the prohibition in Article 53(1) EEA shall not apply to service station agreements if the requirements in Articles 11 to 13 are fulfilled. Article 12(1)(c) provides that agreements concluded for an indefinite duration or for a period of more than 10 years are excluded from the benefit of the block exemption. It is for the national court to interpret the cooperation agreement contested in the proceedings before it. The facts presented by Gulating Lagmannsrett [la juridiction de renvoi] provide that the cooperation agreement is concluded for a period of ten years and is automatically

renewed for a period of five years, unless terminated by the supplier. In such circumstances, Article 12(1)(c) prevents the application of the block exemption on exclusive purchasing agreements. The distributor is not entitled to terminate the agreement upon the expiry of the initial ten-year period and is therefore bound by the agreement for a fixed period of 15 years. Therefore, the agreement does not qualify for an exemption under Regulation 1984/83.” (points 19-20).

S'agissant, en second lieu, de la compatibilité de l'accord en cause avec l'article 53, paragraphe 1, de l'Accord EEE, la Cour rappelle d'abord la jurisprudence communautaire concernant l'application à des accords d'achat exclusif de l'article 85, paragraphe 1, du traité CE (devenu l'article 81, paragraphe 1, CE) qui correspond à l'article 53, paragraphe 1, de l'Accord EEE.

Ensuite, elle relève que, selon les informations présentées devant elle, la plupart des stations-services sont liées à l'un des grands fournisseurs, à savoir Hydro Texaco, Shell, Esso ou Statoil. Ne disposant pas d'informations sur la durée des accords conclus par ceux-ci ou sur d'autres éléments pertinents pour évaluer si les concurrents peuvent pénétrer sur le marché, elle laisse à la juridiction de renvoi le soin de faire les évaluations nécessaires sur la base des informations présentées devant elle tout en lui donnant des indications à cet égard:

“If an examination of all similar agreements reveals that it is difficult to gain access to the relevant market, it is necessary to assess the extent to which the agreements entered into by the supplier concerned contribute to the cumulative effect produced by the totality of the agreements. Under Article 53(1) EEA, responsibility for such an effect of closing off the market must be attributed to the suppliers who make an appreciable contribution thereto. Agreements entered into by suppliers whose contribution to the cumulative effect is insignificant do not therefore fall under the prohibition laid down in that Article. In order to assess the extent of the contribution of the agreements concluded by a supplier to the cumulative

sealing-off effect, the market position of the parties must be taken into consideration. That contribution also depends on the duration of the agreements (see, for comparison, *Delimitis*, at paragraphs 24 to 26 and *Neste Markkinointi*, at paragraph 27). If *Gulating lagmannsrett* finds that the markets are closed-off as a consequence of all the exclusive purchasing agreements in the markets, it is necessary to assess whether the agreements entered into by the Respondent make an appreciable contribution to the cumulative effect or whether that contribution is insignificant. The factors to be taken into account are set out in the foregoing paragraph. The importance of the contractual duration with regard to market foreclosure is particularly high in the motor fuel market because only one brand is sold at a particular service station. The fundamental factor of this type of exclusive purchasing agreement for the supplier is less the exclusivity clause itself than the duration of the purchase obligation assumed by the distributor (see, *Neste Markkinointi*, paragraphs 31 and 32). The type of cooperation agreement at issue in the main proceedings is distinguished from the Respondent's other exclusive purchasing agreements in that it has a duration of 15 years. Fixed term contracts concluded for a number of years are more likely to restrict access to the market than those which may be terminated upon short notice at any time (see, for comparison, *Neste Markkinointi*, paragraph 33). The restrictive effect of the duration of fixed term contracts must also be assessed in the light of the over-all economics of the relevant market. If the duration is manifestly excessive in relation to the average duration of contracts generally concluded in the relevant market, the individual agreement falls under the prohibition laid down in Article 53(1) EEA. It has been stated that all the other exclusive purchasing agreements entered into by the Respondent have been amended in order to come within the scope of the block exemption for exclusive purchasing agreements in Regulation 1984/83 or were already exempted by virtue of Article 12(1)(c) of the regulation. This information has not been contested and is for *Gulating lagmannsrett* to verify. However, if the type

of agreement contested in the main proceedings represents only a very small proportion of all the exclusive purchasing agreements entered into by the Respondent, it is only under very exceptional circumstances that such agreement(s) may be regarded as making any significant contribution to market foreclosure, which is the requirement for being caught by the prohibition in Article 53(1) EEA. This may inter alia be the case where the market positions of both parties are extraordinarily strong. From the facts before it, the Court is not aware of such circumstances in the present case.” (points 36-39)

Enfin, la Cour AELE note que l'accord en cause semble faire partie d'un réseau d'accords qui lient un nombre considérable de détaillants dans un État EEE à quatre grands fournisseurs internationaux. Se référant à la jurisprudence de la Cour de justice (arrêt Bilger, 43/69, Rec. p. 127) elle précise qu'un tel accord est susceptible d'affecter le commerce entre États membres au sens de l'article 53, paragraphe 1, de l'Accord EEE.

La Cour AELE conclut que l'interdiction prévue par l'article 53, paragraphe 1, de l'Accord EEE ne s'applique pas à un accord d'achat exclusif conclu entre un fournisseur de produits pétroliers et de lubrifiants et une station-service pour une période de 15 ans, lorsque ce type d'accord ne contribue pas de manière significative à l'effet cumulatif de fermeture du marché créé par l'ensemble des accords (point 41).

EFTA Court, Judgment of 18.10.02, E-7/01, Hegelstad Eiendomsselskap Arvid B. Hegelstad and Others/Hydro Texaco AS

IA/22634-A

II. Juridictions nationales

États membres

Allemagne

Loi fondamentale - Répartition des compétences législatives entre la Fédération et les Länder - Compétences concurrentes - Exercice par la Fédération - Conditions - Contrôle par le Bundesverfassungsgericht

Par arrêt du 24 octobre 2002, le Bundesverfassungsgericht a opéré un revirement jurisprudentiel en redéfinissant le rapport entre les Länder et la Fédération dans le domaine de leur compétence législative concurrente.

Le Bundesverfassungsgericht a été saisi par un Land afin qu'il contrôle la constitutionnalité de la loi relative aux prestations de soins aux personnes âgées (ci-après *Altenpflegegesetz*), dont le but principal est de créer pour la première fois une réglementation uniforme relative à la formation professionnelle des infirmiers / infirmières pour personnes âgées, étant donné qu'il existait jusqu'alors 17 systèmes juridiques régionaux différents.

Selon le Bundesverfassungsgericht, cette loi relève de la compétence législative concurrente (art. 74, paragraphe 2, n° 19 du GG) dont l'exercice est réglé par l'article 72 du GG. Aux termes de son paragraphe 1er, ce sont les Länder qui ont le pouvoir de légiférer dans ce domaine aussi longtemps et pour autant que la Fédération n'a pas fait par une loi usage de sa compétence législative. Dès que celle-ci a exercé sa compétence, il y a un blocage de la compétence législative des Länder dans cette même matière. Cependant, selon l'article 72, paragraphe 2, du GG, tel qu'il a été modifié par la loi du 27 octobre 1994, la Fédération ne peut légiférer que si et dans la mesure où la réalisation de conditions de vie équivalentes sur l'ensemble du territoire fédéral ou la sauvegarde de l'unité juridique ou économique dans l'intérêt de l'ensemble de l'État rendent nécessaire cette intervention législative fédérale

("...erforderlich macht"). Contrairement à l'ancien libellé de l'article 72, paragraphe 2, du GG, le simple fait d'un besoin ("soweit ein Bedürfnis ... besteht") ne suffit plus.

L'ancienne jurisprudence soulignant que le législateur fédéral disposait d'un large pouvoir d'appréciation relatif à l'existence d'un tel besoin et aux conditions de l'exercice de son pouvoir législatif, l'appréciation du législateur fédéral échappait en principe au contrôle juridictionnel sauf en cas de détournement de pouvoir manifeste. Par contre, dans l'arrêt du 24 octobre 2002, le Bundesverfassungsgericht, saisi pour la première fois au sujet du nouvel article 72, paragraphe 2, du GG, a jugé qu'il est parfaitement compétent pour contrôler la légitimité de l'exercice du pouvoir législatif dans le cadre de la compétence concurrente législative par la Fédération. Celle-ci ne disposant pas de pouvoir d'appréciation relatif à l'existence des conditions de l'article 72, paragraphe 2, du GG, la nécessité d'une législation au niveau fédéral doit être démontrée de manière objective.

De plus, en tenant compte des intérêts particuliers de l'intégration des Länder dans la Fédération, le Bundesverfassungsgericht a effectué une interprétation de ces conditions. Ainsi, il a estimé que la réalisation de "conditions de vie équivalentes sur le territoire fédéral", en tant que première condition, ne saurait être remplie si le seul but de l'intervention fédérale consiste en une adoption des réglementations fédérales uniformes. Il ne suffit pas non plus qu'il s'agisse uniquement d'une amélioration éventuelle et souhaitable des conditions de vie quelles qu'elles soient. Les pouvoirs de légiférer ne sont conférés à la Fédération que si les conditions de vie dans les Länder se sont développées de façon tellement divergente qu'il y ait atteinte à la cohésion sociale de l'État fédéral ou qu'un tel développement se dessine concrètement.

La deuxième condition, à savoir "la sauvegarde de l'unité juridique ou économique dans l'intérêt de l'ensemble de l'État lui-même", concerne principalement les structures institutionnelles de l'État fédéral et n'affecte qu'indirectement les conditions de

vie des ressortissants. La diversité réglementaire au niveau des Länder ne déclenche l'exercice du pouvoir législatif par la Fédération que si elle se manifeste dans un morcellement des systèmes juridiques ayant des conséquences néfastes qui ne sauraient être tolérées ni dans l'intérêt de la Fédération ni dans celui des Länder.

Enfin, la condition de "la sauvegarde de la seule unité économique" n'est remplie que s'il s'agit du maintien de la capacité de fonctionnement de l'espace économique allemand et si les réglementations divergentes des Länder ou leurs carences produisent des effets négatifs considérables pour toute l'économie allemande.

*Bundesverfassungsgericht, arrêt du 24.10.02, 2 BvF 1/01
www.Bundesverfassungsgericht.de*

1A/23243-A

Loi fondamentale - Principe de protection de la famille et du mariage - Réglementation relative au partenariat enregistré de personnes du même sexe - Admissibilité

Le Bundesverfassungsgericht a, par un arrêt du 17 juin 2002, rejeté un recours introduit par plusieurs Länder visant à l'annulation du Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften : Lebenspartnerschaften du 19 juin 2001 (loi sur la cessation des discriminations à l'encontre des partenariats contractés par des personnes du même sexe, ci après "le LPartG"). Le LPartG permet aux couples du même sexe de faire enregistrer un partenariat ayant des effets largement équivalents au mariage, notamment dans les domaines des obligations alimentaires, du régime des biens et de la succession.

Les requérants ont surtout fait valoir que l'introduction d'une telle institution de droit de la famille destinée aux personnes homosexuelles violait le principe constitutionnel de la protection de la famille et du mariage, posé par l'article 6, paragraphe

1, de la loi fondamentale (Grundgesetz - ci après le "GG"), qui garantit notamment l'institution du mariage (Institutsgarantie) et qui impose à l'État l'obligation de protéger et de promouvoir particulièrement le mariage.

Cependant, selon le Bundesverfassungsgericht, le recours n'était pas fondé. En effet, s'il est vrai que la loi fondamentale garantit l'existence de l'institution du mariage en tant que forme de vie commune, la concrétisation de cette institution relève de la compétence du législateur. Celui-ci ne doit respecter que les principes structurants caractérisant le mariage, dont le plus important est celui de la communauté de vie d'un homme et d'une femme. Or, en adoptant le LPartG, qui n'offre la possibilité de conclure un partenariat enregistré qu'aux couples de même sexe, le législateur ne méconnaît pas ce principe structurant du mariage. Un tel partenariat doit être considéré comme un aliud par rapport au mariage et n'a pas d'incidence sur la réglementation de l'institution du mariage.

Le Bundesverfassungsgericht a estimé que le LPartG ne viole pas non plus le principe de la protection particulière dont bénéficie le mariage. Le LPartG ne prévoit pas de règles qui portent atteinte aux droits des couples mariés. Le seul fait que les droits et obligations des partenaires enregistrés sont largement équivalents à ceux existant entre les époux ne discrimine pas pour autant ces derniers.

De plus, le partenariat enregistré ne saurait violer l'obligation de l'État de promouvoir le mariage en tant que mode de vie. Cette obligation exige que l'État veille à ce que le mariage puisse remplir les fonctions que lui attribue le Grundgesetz. Toutefois, l'État n'est pas tenu de défavoriser les autres modes de vie ou de leur conférer moins de droits par rapport au mariage. Lorsque l'ordre juridique reconnaît les modes de vie qui n'entrent pas en concurrence avec l'institution du mariage en tant que mode de vie de deux personnes de sexe opposé, la protection juridique du mariage et l'encouragement de celui-ci par l'État n'en sont pas pour autant diminués. Le législateur ne manque à son obligation que s'il crée une institution équivalente au

mariage qui est ouverte aux couples de sexe opposé. Or, comme le répète le Bundesverfassungsgericht, le LPartG ne vise que les couples de même sexe qui ne peuvent pas contracter de mariage entre eux.

Cette limitation du LPartG aux couples de même sexe ne viole par ailleurs pas le principe de l'égalité, un couple de sexe opposé disposant de la possibilité de se marier. Le fait que d'autres communautés sociales caractérisées par une solidarité mutuelle (Einstandsgemeinschaften) ne bénéficient pas de la même protection que les couples ayant conclu un partenariat enregistré est également justifié en raison de la différence entre les deux situations.

Il convient de signaler que l'arrêt a été rendu à la majorité de 5 voix contre 3. Deux juges ont publié leurs opinions dissidentes, selon lesquelles le LPartG viole la garantie de l'institution du mariage et le principe de la protection particulière de celui-ci.

Bundesverfassungsgericht, arrêt du 17.07.02, 1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01, Neue Juristische Wochenschrift 2002, p. 2543-2552

IA/23242-A

Union européenne - Coopération policière et judiciaire en matière pénale - Questions préjudicielles - Saisine de la Cour - Obligation de renvoi - Interprétation de la Convention d'application de l'Accord de Schengen - Inclusion

Dans son ordonnance du 6 juin 2002, le Bundesgerichtshof se prononce pour la première fois sur sa compétence d'interprétation relative à des dispositions de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 19 juin 1990. Il était saisi dans le cadre d'un renvoi en interprétation, renvoi qui sert à garantir l'uniformité de la jurisprudence allemande. La juridiction de renvoi, dont la décision n'aurait pas été susceptible d'un recours, lui a posé la question de savoir si la notion d' "interruption de la prescription" au sens de l'article 62, paragraphe 1, de la Convention d'application comprend également la suspension de la prescription.

Le Bundesgerichtshof a estimé que seule la Cour de justice était compétente pour effectuer une interprétation de la Convention d'application. Il a, dès lors, rejeté ce renvoi.

Le Bundesgerichtshof rappelle en premier lieu que selon l'article 1, paragraphe 2, de loi sur le renvoi préjudiciel à la Cour de justice dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale (Gesetz betreffend die Anrufung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens auf dem Gebiet der polizeilichen Zusammenarbeit und der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen nach Artikel 35 des EU-Vertrages du 6 août 1998, dite "EuGH-Gesetz"), une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne est tenue de saisir la Cour de justice lorsqu'une question d'interprétation de la Convention d'application est soulevée et la juridiction nationale estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement.

Le Bundesgerichtshof souligne ensuite que l'article 62 de la Convention d'Application est fondé sur les articles 31, lit b. et 34, du traité sur l'Union européenne. La compétence de la Cour de justice selon l'article 35 du traité précité, poursuit le Bundesgerichtshof en faisant référence l'article 2, paragraphe 1, du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne, ne se limite pas uniquement aux conventions conclues après le traité d'Amsterdam. Elle comprend, par conséquent, également la Convention d'Application du 19 juin 1990. Cette compétence exclusive de la Cour de justice a été acceptée par l'Allemagne par l'adoption de l'EuGH-Gesetz qui a rendu effectif l'article 35, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne.

Bundesgerichtshof, ordonnance du 06.06.2002, 4 ARs 3/02, Neue Juristische Wochenschrift 2002, p. 2653-2655
Voir les observations de J. Vogel, Juristenzeitung 2002, p. 1175

IA/23241-A

Autriche

Communautés européennes - Privilèges et immunités - Fonctionnaires et agents des Communautés - Exemption d'impôts nationaux sur les traitements versés par les Communautés - Statut d'autre agent ou d'agent local - Appréciation de l'autorité nationale

Le Verwaltungsgerichtshof (ci-après VwGH) a été appelé à se prononcer sur l'exemption d'impôts nationaux en ce qui concerne certains traitements versés par les Communautés européennes.

La demanderesse avait travaillé depuis le 1^{er} mai 1994 auprès de la Délégation de la Commission européenne à Vienne suivant un contrat de travail de type "agent local". Après l'adhésion de l'Autriche, elle avait travaillé auprès de la Représentation de la Commission ; son champ d'activité était demeuré le même et son contrat de travail n'avait pas été modifié. Suite à une note de la Représentation transmise au Ministère des affaires étrangères, déclarant que l'intéressée était assujettie à l'impôt en Autriche, l'autorité fiscale avait adopté un acte administratif fixant le montant des sommes dues au titre de l'impôt sur le revenu (Einkommenssteuerbescheid). Considérant qu'il incombait aux organisations internationales de se prononcer sur le statut de leur personnel et, qu'en l'espèce, la note de la Représentation de la Commission ne qualifiait pas l'intéressée de "fonctionnaire" ou d'"autre agent", l'autorité fiscale avait estimé que l'imposition nationale se justifiait, les employés locaux ne tombant pas sous l'exonération fiscale prévue par l'article 13 du Protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes.

La demanderesse avait fait valoir devant les autorités fiscales que selon l'article 13 dudit protocole, elle jouissait de l'exonération de l'impôt en Autriche et que le pouvoir d'imposition revenait aux Communautés, de sorte que celles-ci étaient responsables des contributions d'employeur à l'impôt sur le revenu. D'après elle, la note de la

représentation de la Commission devait être qualifiée de désistement en faveur de l'Autriche. Dès lors qu'un tel désistement n'était pas prévu par le Protocole, il ne pouvait être invoqué par les autorités nationales.

Sans trancher la question de savoir si les Communautés peuvent ou non être débitrices de dettes fiscales nationales, le VwGH a jugé que ni la note de la Représentation de la Commission déclarant l'intéressée assujettie à l'impôt en Autriche, ni l'abstention des Communautés d'imposer le traitement versé à la demanderesse ne pouvaient établir le statut de celle-ci. Le VwGH considère qu'il appartient exclusivement à l'autorité fiscale nationale d'établir le statut de l'intéressée, en tenant compte de son activité concrète, des dispositions du droit communautaire, notamment du règlement 259/68, et de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice. Le VwGH estime donc que la juridiction de première instance a manqué à ses obligations en attachant un effet obligatoire à la déclaration établie par la Représentation de la Commission et annule la décision.

En ce qui concerne le problème de l'application des règles nationales sur l'organisation sociale de l'entreprise aux agents locaux employés par la Représentation d'une institution des Communautés dans un État membre, il convient également d'attirer l'attention sur l'affaire C-165/01, Betriebsrat der Vertretung der Europäischen Kommission in Österreich / Commission des Communautés européennes, demande de décision préjudicielle de l'Oberster Gerichtshof autrichien (Cour suprême), actuellement pendante devant la Cour de justice.

Verwaltungsgerichtshof, arrêt du 18.12.01, 2000/15/0162

Voir les observations de G. Kofler, Ecolex 2002, p. 530 et s.

IA/23042-A

France

Renvoi préjudiciel - Arrêt de la Cour conduisant à l'annulation d'une contribution exceptionnelle tendant au rétablissement de l'équilibre financier de la sécurité sociale - Nouvelle réglementation nationale destinée à compenser les conséquences financières de l'annulation - Autorité de l'arrêt préjudiciel - Primauté du droit communautaire

C'est tout à la fois l'effectivité de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour de justice et la primauté du droit communautaire qui sont mises à l'épreuve dans l'arrêt rendu par le Conseil d'État, le 3 décembre 2001.

L'ordonnance du 24 janvier 1996 tendant au rétablissement de l'équilibre financier de la sécurité sociale avait établi des contributions exceptionnelles à la charge des laboratoires pharmaceutiques, dont l'une était assise sur le chiffre d'affaires hors taxes réalisé au cours de l'année 1995 sur les médicaments remboursables. Ladite ordonnance, en prévoyant une déduction du chiffre d'affaires soumis à la contribution exceptionnelle, des dépenses afférentes aux opérations de recherche réalisées en France, posait problème au regard de la liberté d'établissement. En effet, ce mécanisme fiscal était de nature à défavoriser les établissements secondaires installés sur le territoire français de sociétés pharmaceutiques dont le siège principal est établi dans un autre État membre, par rapport aux entreprises pharmaceutiques dont le principal établissement est en France, en raison du fait que les unités de recherche sont, dans la plupart des cas, implantées dans l'État membre où se trouve le siège principal de l'entreprise.

Face à cette difficulté, le Conseil d'État fut conduit à poser une question préjudicielle à la Cour de justice. Dans son arrêt Baxter, du 8 juillet 1999, cette dernière a estimé que le mécanisme en cause avait pour effet de défavoriser les entreprises établies à titre principal dans d'autres États membres de l'Union et opérant le cas échéant en France par l'intermédiaire de filiales. (CJCE, 08.07.99, Baxter e.a., C-254/97, Rec. p. I-4809.

Au point 13 dudit arrêt, la Cour a jugé, que, s'il existe certes des entreprises françaises qui exposent des dépenses de recherche en dehors de la France et des entreprises étrangères qui engagent de telles dépenses dans cet État membre, il n'en demeure pas moins que l'abattement fiscal en cause au principal apparaît comme susceptible de jouer plus particulièrement au détriment des entreprises ayant leur siège principal dans d'autres États membres et opérant en France par le biais d'établissements secondaires. En effet, ce seront typiquement celles-ci qui, dans la plupart des cas, auront développé leur activité de recherche en dehors du territoire de l'État membre d'imposition.

Par suite, le Conseil d'État annula les dispositions litigieuses (CE, 15 octobre 1999, Soc. Baxter e.a.) et les contributions indûment perçues furent intégralement remboursées.

C'en était pas moins fini pour les laboratoires pharmaceutiques. Par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2000 (LFSS n° 99-1140 du 29 décembre 1999, JORF du 30 décembre 1999, p. 19706), le législateur a institué une nouvelle contribution exceptionnelle à la charge des laboratoires, exigible au 1er septembre 2000 et assise sur le chiffre d'affaires réalisé en 1999 au titre des spécialités remboursables et agréées, comportant une exonération au profit des entreprises dont le chiffre d'affaires était inférieur à 100 M FF. Sur cette base, le gouvernement a adopté un décret fixant le taux de contribution à 1,2 %. C'est la légalité de ce décret qui fut contestée et qui est à l'origine du présent recours pour excès de pouvoir.

Si elle reconnaît que la nouvelle contribution a été instaurée pour compenser intégralement les conséquences financières pour la gestion de la branche assurance maladie de la sécurité sociale de l'annulation et du remboursement corrélatif aux entreprises concernées, de la contribution exceptionnelle instituée en 1996 sur le chiffre d'affaires réalisé en 1995, la haute juridiction administrative se défend cependant contre toute accusation d'atteinte à la chose jugée par l'arrêt rendu le 8 juillet 1999 par la Cour

de justice des communautés européennes, en considérant que la nouvelle contribution ne concerne pas les mêmes assujettis, retient une assiette différente, en particulier en ne permettant plus de déduire les dépenses de recherche, et ne prévoit pas les mêmes exonérations que la précédente.

Sur la base de ce postulat, pas d'atteinte à l'autorité de la chose jugée par l'arrêt Baxter de la Cour de justice, le juge administratif écarte, assez sommairement, l'ensemble des arguments fondés sur le non-respect des principes généraux du droit communautaire, qu'il s'agisse du principe de sécurité juridique, de confiance légitime, de loyauté inspiré de l'article 10 du traité CE ou encore de primauté. De la même manière, sont déclarés inopérants, les principes du droit à un procès équitable, tiré de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que celui du droit de propriété prévu à l'article 1er du premier protocole additionnel à ladite Convention.

Cette solution laisse dubitative une partie de la doctrine. Selon le Professeur Denys Simon, l'aveu même des autorités françaises, selon lequel la nouvelle contribution est destinée à effacer les effets de l'annulation de la première contribution, pourrait conduire à conclure à l'existence d'une "validation déguisée", ou plus exactement à une "mesure d'effet équivalent à une validation", qui priverait d'effet un jugement définitif et exécutoire, et le même auteur de conclure que, dans ces conditions, peut-être aurait-il été plus judicieux pour le Conseil d'État de saisir la Cour d'une question préjudicielle afin qu'elle se prononce sur une situation tout à fait inédite? (A. Rigaux et D. Simon, "Summum Jus, Summa injuria ..." À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 3 décembre 2001 SNIP, Europe, avril 2002, p. 7).

La haute juridiction administrative n'a pas cru non plus opportun de saisir la Cour sur les deux griefs essentiels invoqués par les requérants à l'appui de leur demande d'annulation du décret litigieux, à savoir, le caractère discriminatoire du dispositif et sa

possible qualification en tant qu'aide d'État qui aurait dû, à ce titre, être notifié à la Commission.

Sur le premier grief, la haute juridiction administrative considère que l'assiette de la nouvelle contribution a été définie en fonction de critères objectifs au regard de la finalité consistant à faire contribuer les entreprises exploitant des spécialités pharmaceutiques au financement de la protection sociale et à l'équilibre financier des organismes qui y concourent, et qu'à supposer qu'en raison de l'exemption des entreprises ayant un chiffre d'affaires inférieur à 100 millions de F, cette contribution frapperait davantage les filiales des laboratoires des autres États membres de la Communauté européenne que les laboratoires français (à cet égard, les requérants invoquaient une enquête d'avril 2000 au terme de laquelle il ressort que 26 laboratoires français sur 44 bénéficieraient de l'exonération en question, contre seulement 6 sur 50, s'agissant des laboratoires étrangers), cette circonstance résulterait de l'application de critères objectifs, dépourvus de tout caractère discriminatoire.

Partant, il est clair pour le Conseil d'État que le dispositif en cause est exempt de toute discrimination en raison de la nationalité des entreprises assujetties, interdite par l'article 12 CE, et de toute entrave à la liberté d'établissement, prohibée par l'article 43 CE. Certains regrettent cependant que le juge administratif ne se soit pas livré à une analyse plus approfondie de la question de savoir si, malgré l'objectivité de la détermination de l'assiette, le dispositif retenu n'aboutissait pas en fait à une discrimination indirecte, en avantageant en pratique les laboratoires nationaux (Ibid., p. 6).

S'agissant du second grief, le Conseil d'État rejette brièvement la qualification d'aide, ne voyant dans le fait que certaines entreprises pharmaceutiques auraient bénéficié du gain représenté par la différence entre le montant des sommes remboursées par l'assurance maladie en exécution de la décision du Conseil d'État consécutive à l'arrêt Baxter de la Cour de justice et le montant des sommes

payées au titre de la nouvelle contribution, qu'une simple circonstance qui ne saurait conduire à qualifier celui-ci d'aide d'État irrégulière faute d'avoir été notifiée à la Commission européenne en application du paragraphe 3 de l'article 88 du traité CE.

Pour conclure, on notera cette incise du Conseil d'État au sujet du principe de primauté. La haute juridiction administrative affirme que ledit principe ne saurait conduire, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution, et ce alors même qu'il n'y avait aucun conflit de normes entre une règle communautaire et une règle constitutionnelle. Cela étant, cette digression permet au Conseil d'État de proclamer formellement la primauté de la Constitution, au moins dans l'ordre interne, et ce dans une formulation se référant, pour la première fois, expressément au droit communautaire. Tel n'était pas le cas dans le fameux arrêt Sarran (CE, Ass., 13 octobre 1998, *Revue Française de Droit Administratif* 1998, p. 1081), lequel mentionnait, plus généralement, les engagements internationaux. Sans que cela ne s'imposât pour la solution du litige dont elle était saisie, la haute juridiction administrative a établi les termes de la relation entre le droit communautaire et la Constitution française, et ce dans un sens opposé à la jurisprudence constante de la Cour de justice et désormais consacrée par le deuxième paragraphe du protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité CE (voir à ce sujet, le commentaire de P. Cassia, *Droit administratif*, mars 2002, n° 55, p. 29).

*Conseil d'État, arrêt du 03.12.01
Syndicat national de l'industrie
pharmaceutique (SNIP)
Juris-Data n° 2001-063346*

IA/21493 A

Italie

Droits fondamentaux - Inviolabilité du domicile - Procès pénal - Enregistrements vidéo dans un domicile privé - Violation de

***L'article 14 de la Constitution italienne -
Référence à la Charte des droits
fondamentaux de l'Union européenne***

La Cour constitutionnelle déclare non fondée la question de la constitutionnalité des articles 189 et 266 à 271 du code de procédure pénale et, notamment, de l'article 266 concernant les règles sur l'admissibilité des interceptions des conversations ou des communications, question qui lui avait été déférée par le juge des enquêtes préliminaires du Tribunal de Alba. Le deuxième alinéa de ce dernier article exclut expressément l'admissibilité, en tant qu'instrument de preuve, des interceptions des communications entre les personnes présentes dans les lieux indiqués par l'article 614 du code pénal, c'est-à-dire dans les domiciles privés. Il exclut donc l'admissibilité des enregistrements vidéo effectués dans les mêmes lieux. Il s'ensuit que, dans de tels cas, une autorisation du juge compétent est requise, conformément à l'article 189 du code de procédure pénal.

La question a été soulevée eu égard à un éventuel conflit entre ces règles et les principes de non-discrimination (art. 3 de la Constitution) et de l'inviolabilité du domicile (art. 14 de la Constitution).

Dans l'affaire à l'origine de la question posée au juge constitutionnel, c'est la licéité de l'interception des communications entre des personnes présentes dans un établissement de nuit - considéré par les juges du fond comme un domicile privé - autorisée par le juge des enquêtes préliminaires conformément à l'article 266, alinéa 2, du code de procédure pénale, mais effectuée, sur décision du procureur, par l'intermédiaire de cameras vidéo, qui est en cause. La Cour de Cassation, en annulant la décision du tribunal portant assignation à domicile de la personne dont la culpabilité avait été retenue sur la base des résultats de cette enquête, avait déclaré que les enregistrements vidéo n'étaient pas admissibles puisque, ne rentrant pas dans ceux considérés comme admissibles par l'article 266, alinéa 2, du code de procédure pénal, ils nécessitaient une autorisation du juge, au sens de l'article 189 du même code.

Pour apprécier la constitutionnalité de l'article 266, alinéa 2, la Cour constitutionnelle procède à un examen préliminaire portant sur la question de savoir si les interceptions des communications dans les domiciles privés sont en principe interdites par les règles constitutionnelles. Elle déclare que l'article 14 de la Constitution admet, dans son deuxième alinéa, des limitations au principe de l'inviolabilité du domicile, pour permettre justement des inspections, des perquisitions et des saisies. Il admet donc la possibilité d'intrusions dans les domiciles privés pour les besoins de la justice. De plus, elle relève que, même les principes du secret des communications et du droit à la liberté personnelle, dont celui de l'inviolabilité du domicile constitue une sous-catégorie, peuvent subir des limitations pour des raisons de santé, de sécurité publique et à des fins économiques et fiscales.

À cet égard, la Cour souligne que l'illégitimité de la restriction de l'inviolabilité du domicile par l'autorité publique ne trouverait appui ni dans la Convention européenne des droits de l'homme (art. 8), ni dans le Pacte international des droits civils et politiques (art. 17), ni dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 7 et 52), laquelle, "ancorché priva di efficacia giuridica", mérite d'être prise en considération par le juge constitutionnel, "per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei".

En revanche, selon la Cour constitutionnelle, on ne peut pas exclure l'inconstitutionnalité des enregistrements vidéo dans le domicile privé lorsqu'ils n'ont pas pour objet des comportements de communication entre personnes. Dans un tel cas de figure, c'est uniquement l'aspect d'intrusion dans le domicile et donc, de limitation du droit à son inviolabilité, qui entrerait en considération. Or, même si, tant la liberté du domicile, que la liberté de communication -telles que consacrées également dans les dispositions précitées de la Convention européenne des droits de l'homme, du Pacte international des droits civils et politiques et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne- ont trait, toutes deux, à la protection générale de la vie privée, elles ont un objet différent.

Il s'ensuit que les enregistrements vidéo qui ne concernent pas des communications entre personnes, pour être admis en tant qu'instruments de preuve, doivent être expressément prévus par la loi. Partant, ils doivent être réglementés par le législateur dans le respect des garanties constitutionnelles évoquées par l'article 14 de la Constitution.

Corte Costituzionale, arrêt du 11.04.02, n° 135, Di Sarno

1A/23111-A

Droits fondamentaux - Accès à la justice - Assistance judiciaire gratuite - Référence à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

En accueillant une demande d'assistance judiciaire gratuite, la Cour d'appel de Rome a affirmé que le droit à cette assistance trouve son fondement non seulement dans la Constitution mais également dans la Convention européenne des droits de l'homme dont les principes ont été "recepiti" dans le droit communautaire au sens de l'article 6 du traité de l'Union européenne.

Elle a relevé, en outre, que le même droit est consacré dans l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux qui "anche se non ancora inserita nei trattati, è ormai considerata pienamente operante come punto di riferimento essenziale non solo per l'attività delle istituzioni comunitarie, ma anche per l'attività interpretativa dei giudici europei, tanto che è costantemente richiamata negli atti degli organi europei, ma anche invocata più volte nelle conclusioni dell'avvocato generale nei giudizi dinanzi alla Corte di giustizia europea".

Corte d'Appello di Roma, ordonnance du 11.04.02, Luigina Favelli c. Condominio via Brichetti, 23

1A/22719-A

Royaume-Uni

Droit communautaire et droit national - Mise en œuvre du droit communautaire au Royaume-Uni - European Communities Act 1972 - Effets - Transposition des directives communautaires - Réglementation ministérielle modifiant la législation antérieure - Admissibilité - Affaire des "martyrs métriques"

Dans un jugement rendu dans une procédure d'appel, la High Court (Divisional Court) d'Angleterre et du Pays de Galles a eu l'occasion de préciser, au regard du droit constitutionnel britannique, les modalités par lesquelles la mise en oeuvre et la primauté du droit communautaire sont assurées au Royaume-Uni.

L'affaire, dite des "martyrs métriques", concernait cinq commerçants poursuivis en Angleterre pour non-respect des dispositions imposant l'utilisation du système métrique des poids et des mesures. Quatre parmi eux avaient été poursuivi pénalement pour des infractions à la législation britannique en la matière, et un cinquième s'était vu refuser le renouvellement de sa licence de vendre à un marché public, au motif qu'ils calculaient tous le prix de leurs produits (fruits et légumes, ou, dans un cas, le poisson) sur la base du système anglais de poids, et non pas en application du système métrique. Ce dernier avait été rendu obligatoire au Royaume-Uni en vertu d'une réglementation ministérielle, les *Weights and Measures (Metrication Amendments) Regulations 1994*, adoptée aux fins de la transposition des directives communautaires 80/181 et 89/617.

À leur tour, les intéressés contestaient la validité de la réglementation ministérielle qui avait pour effet de modifier la loi du Parlement en la matière, le *Weights and Measures Act 1985*. En effet, une disposition dotant l'exécutif d'un tel pouvoir, dite "clause Henri VIII" (en faisant ainsi allusion aux tendances absolutistes de ce Roi), figure dans le *European Communities Act 1972* (ci-après "ECA"), et c'était précisément sur la base de cette clause que l'obligation d'exprimer les quantités en mesures métriques avait été adoptée. À l'appui de leurs conclusions, les

intéressés faisaient notamment valoir que la clause Henri VIII de la loi de 1972 avait été implicitement abrogée par la loi de 1985.

Sur la base d'un examen détaillé des modalités de mise en oeuvre et du respect de la primauté du droit communautaire au Royaume-Uni, Lord Justice Laws précisa que l'ECA était, en vertu du common law, une loi constitutionnelle qui, en tant que telle, n'était pas susceptible d'être abrogée implicitement par une loi ultérieure. Les autres arguments des intéressés - notamment celui d'après lequel la clause Henri VIII pouvait être utilisée uniquement pour effectuer des changements mineurs - furent également rejetés, de sorte que les appels restaient sans succès.

Selon Lord Justice Laws, les rapports entre le droit communautaire et le droit du Royaume-Uni peuvent être ainsi précisés :

"(1) All the specific rights and obligations which EU law creates are by the ECA incorporated into our domestic law and rank supreme: that is, anything in our substantive law inconsistent with any of these rights and obligations is abrogated or must be modified to avoid the inconsistency. This is true even where the inconsistent municipal provision is contained in primary legislation. (2) The ECA is a constitutional statute: that is, it cannot be impliedly repealed. (3) The truth of (2) is derived, not from EU law, but purely from the law of England: the common law recognises a category of constitutional statutes. (4) The fundamental legal basis of the United Kingdom's relationship with the EU rests with the domestic, not the European, legal powers. In the event, which no doubt would never happen in the real world, that a European measure was seen to be repugnant to a fundamental or constitutional right guaranteed by the law of England, a question would arise whether the general words of the ECA were sufficient to incorporate the measure and give it overriding effect in domestic law. But that is very far from this case".

High Court (Queen's Bench Division), jugement du 18.02.02, Thoburn v Sunderland

City Council [2002] EWHC 195 (Admin), [2002] 1 C.M.L.Rep. 50 (p. 1461 s.)

1A/22603-A

Convention de Bruxelles - Reconnaissance et exécution - Motifs de refus - Ordre public - Jugement par défaut rendu après une interruption de la procédure pendant 12 ans - Violation de l'article 6 de la CEDH

La Court of Appeal a confirmé la décision de l'instance inférieure de refuser, en vertu de la Convention de Bruxelles, l'exécution d'une décision néerlandaise pour des motifs d'ordre public.

Un dentiste britannique qui a exercé sa profession aux Pays-Bas de 1978 à 1991 s'est vu attaquer en justice, en 1984, pour faute professionnelle. En 1986, après un échange de plaidoiries, la procédure avait été suspendue. En 1991, le dentiste est rentré en Angleterre. En 1998, la procédure a repris son cours alors que l'avocat du défendeur s'était déjà désengagé de l'affaire. Par décision du 30 décembre 1999, le tribunal de Rotterdam a condamné le défendeur à payer des dommages et intérêts de l'ordre respectivement de 17 864 florins et de 70 234 florins. La décision a été rendue exécutoire en Angleterre, par ordonnance de la High Court. Toutefois, le défendeur n'a pris connaissance de la reprise de l'instance, aux Pays Bas, qu'au moment de la signification de l'ordonnance d'exequatur, effectuée à son domicile près de Londres, le 10 août 2000.

La Court of Appeal fait d'abord remarquer que beaucoup de points restent obscurs dans la décision du tribunal de Rotterdam. Elle confirme ensuite le refus d'exequatur de la décision comme étant contraire à l'ordre public de l'État requis sur le fondement de l'article 27 de la Convention de Bruxelles. Selon elle, l'absence de comparution ou de représentation du défendeur lors de l'instance qui s'était déroulée devant la juridiction néerlandaise constitue une violation de ses droits de la défense contraire aux exigences de l'ordre public britannique. Elles contreviennent en outre au droit du défendeur

à un procès équitable, tel qu'il est garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. D'une manière indirecte mais certaine la décision fait entrer l'article 6 de la CEDH dans la notion d'ordre public de l'article 27 de la Convention de Bruxelles.

Selon Lord Phillips, Master of the Rolls:

"Dutch procedure appears to have permitted the action to proceed without the presence of Mr Larmer or anyone representing him. The consequence is, nonetheless, that he has manifestly not received the fair trial that Article 6 of the Human Rights Convention required ... [W]e are in no doubt that the judge was correct to conclude that it would be contrary to the public policy of this country to enforce Mr Maronier's judgment."

Court of Appeal, 29.05.02, Maronier v Larmer [2002] EWCA Civ 774, [2002] 3 WLR 1060

IH/04635-A

Politique sociale - Accès à l'emploi - Discrimination fondée sur le sexe - Personnes transsexuelles - Qualifications essentielles pour l'emploi - Incidence de la directive 76/207

Cette affaire concerne le refus de la police du West Yorkshire de nommer femme-policier une personne transsexuelle, devenue femme après une opération de changement de sexe, au motif qu'aux yeux de la loi elle restait un homme et qu'elle ne pouvait dès lors pas effectuer des fouilles au même titre que les autres femmes policiers.

Lors de la présentation de sa candidature à un poste à la police du West Yorkshire en 1997, Mme A n'avait pas caché le fait qu'elle était transsexuelle. Sa candidature avait toutefois été rejetée sur base d'une politique générale de ne pas recruter des transsexuels, justifiée par la circonstance que, conformément à la législation concernant les fouilles sur les personnes en détention, de telles fouilles doivent être effectuées par une personne du même sexe que le détenu. L'intéressée a porté plainte pour discrimination fondée sur le sexe. Le tribunal du travail a accueilli sa

demande. En revanche, le Employment Appeal Tribunal a infirmé cette décision en appel et a renvoyé l'affaire devant le tribunal.

Contrairement au tribunal du travail, le Employment Appeal Tribunal estime que les responsables de la police ne peuvent contourner la loi en dissimulant le sexe d'un agent aux personnes que celui-ci est appelé à fouiller ou à ses collègues qui assistent aux fouilles en tant que témoins. Le Tribunal fait en outre remarquer que Mme A avait besoin de cacher son transsexualisme afin de mener une vie en société. Si les autorités policières n'avaient pas l'obligation de révéler le transsexualisme de Mme A, elles étaient néanmoins tenues de ne pas autoriser ou cautionner sa présentation en tant que femme, alors qu'elle demeurait homme aux yeux de la loi.

Le Employment Appeal Tribunal relève par la suite la non-applicabilité *ratione temporis* des Sex Discrimination Regulations de 1999, étendant aux transsexuels l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, aux faits de l'espèce antérieurs à cette nouvelle réglementation.

Enfin, le Tribunal s'est penché sur la question de savoir si cette réglementation, telle que modifiée en 1999, était compatible avec la directive 76/207. Cette modification a fait entrer dans la notion de discrimination fondée sur le sexe celle fondée sur le changement de sexe. Une exception était toutefois établie pour le cas où des fouilles intimes constituent une caractéristique essentielle de l'emploi. Le tribunal du travail avait estimé que cette exception créait une interdiction totale de recrutement de transsexuels comme agents de police, excluant ainsi toute idée de proportionnalité. Il avait déclaré, sur ce motif, la réglementation britannique contraire à la directive. En revanche, le Employment Appeal Tribunal a estimé que le caractère absolu de cette interdiction était purement théorique et que pour cette raison, elle n'était pas contraire à la directive.

Selon le juge Lindsay:

"The applicant cannot be heard to blow hot and cold as for the need for her

transsexualism being kept secret barring the few in senior police circles who would inevitably need to know of it. In turn, unless any need for her to make searches can be obviated without undue inconvenience, she cannot be heard to commend as practical any instigation of what would otherwise be a deception by the chief constable by his giving special instructions as to searches or the witnessing of searches by her".

Employment Appeal Tribunal, 02.10.01, Chief Constable of the West Yorkshire Police v A and another (No.2), [2002] Industrial Cases Reports 552

IA/20336-B

Suites de l'affaire Factortame

Deux décisions de la Court of Appeal anglaise viennent s'ajouter à la liste des décisions nationales rendues suite à la jurisprudence Factortame de la Cour de justice (voir, en dernier lieu, Reflets n° 2/2001, p. 19). Dans la première (arrêt du 28 janvier 2002), la question consistait à savoir si une partie qui accepte un montant déposé auprès du tribunal après la date limite d'acceptation peut aussi réclamer des frais de justice pour la période écoulée entre cette date limite et la date d'acceptation du dépôt. Dans la deuxième décision (du 3 juillet 2002), la Court of Appeal devait décider de la licéité d'un contrat par lequel les honoraires d'un cabinet d'experts comptables ont été déterminés en pourcentage du montant des dommages et intérêts alloués ou, dans le cas contraire, de la qualification d'un tel contrat en tant qu'acte de "champerty".

Dépens - Dépôt par le défendeur du montant revendiqué par le demandeur auprès du tribunal - Acceptation tardive par le demandeur - Pouvoir discrétionnaire du juge en vue de déterminer le montant exact des dépens récupérables

L'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 28 janvier 2002 concerne les répercussions sur les dépens du rejet par certains

demandeurs de l'offre faite par le gouvernement britannique, défendeur dans l'affaire, de déposer auprès du tribunal un montant au titre des dommages et intérêts revendiqués par les parties demanderesse. Si le montant est accepté dans le délai, le défendeur est condamné aux dépens. S'il ne l'est pas et le demandeur obtient par la suite un montant de dommages et intérêts inférieur à celui du dépôt, il doit en principe supporter ses propres dépens pour la période suivant l'expiration du délai. Dans l'affaire en cause, certains des demandeurs avaient accepté l'argent déposé après l'expiration du délai mais ont néanmoins demandé l'intégralité de leurs dépens. À l'appui de cette demande ils ont fait valoir qu'ils s'étaient fait communiquer tardivement, du fait du gouvernement britannique, les chiffres tendant à diminuer le montant des dommages et intérêts auxquels ils pouvaient prétendre. Le défendeur n'a contesté ni la communication tardive des chiffres, ni le fait qu'elle lui était imputable. Il estimait toutefois que cette circonstance servait seulement de prétexte aux demandeurs pour qu'ils puissent accepter la somme déposée après l'expiration du délai. Dans l'impossibilité de déterminer quels facteurs avaient influencé la décision des demandeurs de revenir sur leur refus initial d'accepter l'offre du gouvernement, les premiers juges avaient déterminé le montant des dépens en prenant en compte le montant cumulé jusqu'à un point seulement de la période écoulée après l'expiration du délai d'acceptation. En revanche, ils avaient condamné les demandeurs à payer les dépens pour la partie restante de cette période. La Court of Appeal a confirmé cette décision. Elle a estimé que celle-ci relevait de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire légitime des premiers juges, fondé sur leur perception d'ensemble de l'affaire qu'il ne lui appartenait pas de remettre en cause.

Court of Appeal, 28.01.02, Factortame Ltd and others v Secretary of State for the Environment, Transport and Regions [2002] EWCA Civ 22, [2002] 1 WLR 2438

QP/02467-P7

Dépens - Récupération des sommes versées à titre d'honoraires conditionnels - Admissibilité - Limites - Portée de la notion de "Champerty"

La décision du 3 juillet 2002 porte sur la récupération à titre de dépens des honoraires versés à un cabinet d'experts comptables sur la base d'un "contingency fee agreement" prévoyant le versement à ce cabinet de 8% du montant obtenu à titre de dommages et intérêts dans une affaire en responsabilité civile. En principe, un tel cabinet se fait rémunérer sur base d'un tarif horaire mais, au vu des difficultés financières des parties, il a accepté cette forme inhabituelle de paiement.

"Champerty " et "maintenance" sont des vieilles notions de droit pénal anglais. Le "champerty" est un contrat par lequel il est convenu qu'une personne qui soutient, au titre d'une "maintenance", une action en justice sans aucun intérêt légitime obtient une partie des montants qui y sont en cause. Longtemps réprimées pénalement, ces deux pratiques sont désormais appréhendées sous l'angle plus large de l'ordre public et peuvent dès lors être invoquées pour rendre inopérant un contrat tel que celui portant sur la rémunération des experts comptables, décrit ci-dessus. La Court of Appeal fait remarquer que la notion d'ordre public évolue et qu'il convient dès lors d'en revoir le contenu à intervalles réguliers. Étant donné que la législation récente autorise les professions juridiques à conclure, dans certaines circonstances, des accords de ce type, la Cour estime qu'un accord conclu avec un cabinet d'experts comptables ne doit pas être rendu inopérant pour des considérations d'ordre public. Tel doit notamment être le cas lorsque un tel cabinet n'a pas agi lui-même en tant qu'expert devant le tribunal.

Selon Lord Phillips, Master of the Rolls:

"The Claimants had been brought low by the initial wrong done to them and by the costs and stress of prolonged litigation in which no quarter was given. They were faced with an extraordinarily complicated task in proving the damage that they had suffered and there was a real risk that lack of funds might result in their losing the fruits of their litigation. The 1998 Agreements ensured that they continued to enjoy access to justice. They did this without putting justice in jeopardy. The 1998 Agreements were not champertous."

Court of Appeal, 03.07.02, Factortame Ltd and others v Secretary of State for the Environment, Transport and Regions [2002] EWCA Civ 932, [2002] 4 All ER 97

QP/02467-P8

Pays tiers

(Aucune décision n'a été retenue pour cette rubrique)

B. Pratique des organisations internationales

Organisation mondiale du commerce

OMC – Régime fiscal des Foreign Sales Corporations – Fixation de la suspension des concessions tarifaires suite à la qualification en tant qu'aide à l'exportation

L'incompatibilité des différents régimes fiscaux américains concernant les Foreign Sales Corporations avec les Accords OMC a été constatée par des jugements successifs de l'Organe de règlement des différends de l'OMC (V. *Reflets* n°s 2/2000 et 2/2002). Suite déjà à la première constatation d'incompatibilité, et conformément à l'accord du 29 septembre 2000, conclu entre les États Unis et les Communautés européennes (ci-après les "CE") sur le processus de mise en conformité de la législation américaine avec les recommandations de l'ORD (V. *Reflets* n° 1/2001), les CE avaient demandé l'autorisation de l'organe de règlement des différends de pratiquer la suspension des concessions tarifaires accordées aux États-Unis en vertu des accords OMC. Elles avaient sollicité en conséquence l'imposition de 100/100% ad valorem sur les produits importés des États Unis, à concurrence d'un montant de \$ 4.043 millions par an. Les États Unis ont fait valoir que cette contre-mesure était disproportionnée par rapport aux répercussions de leur réglementation sur les échanges avec les CE et que comme telle elle n'était pas "appropriée", au sens de l'article 4.10 de l'Accord SCM. Selon toujours l'accord du 29 septembre 2000, un organe d'arbitrage a été formé en vue de résoudre le différend. Il a rendu sa décision le 30 août 2002 en constatant le bien fondé de la demande des CE. Pour arriver à cette conclusion l'organe d'arbitrage a d'abord examiné la notion de "contre-mesure appropriée" et ensuite apprécié le niveau de la suspension demandée par les CE.

En ce qui concerne la notion de "contre-mesure appropriée", l'organe d'arbitrage a estimé qu'elle n'implique pas une stricte équivalence entre la mesure de rétorsion et la

mesure prohibée qu'elle vise à neutraliser. Pas davantage l'Accord SCM n'exige, dans l'appréhension de cette notion, une démonstration exhaustive de la mesure dans laquelle le commerce entre les parties a été affecté par l'acte prohibé. En revanche, "the entitlement to countermeasures is to be assessed taking into account the legal status of the wrongful act and the manner in which the breach of that obligation has upset the balance of rights and obligations as between Members". En l'espèce, l'acte illégal - c'est-à-dire le régime fiscal américain comportant une aide à l'exportation - s'est avéré particulièrement grave. En effet, contrairement à d'autres aides étatiques qui peuvent être sanctionnées par la suppression de leurs seuls effets préjudiciables, le régime en question est interdit *per se*, ce qui implique que la seule sanction envisageable est sa suppression sans délai. A défaut, la mesure de rétorsion répond à la qualification d'"appropriée" dès lors qu'elle est susceptible de restaurer l'équilibre perturbé entre les droits et les obligations des parties. Le niveau de la mesure de rétorsion - c'est-à-dire, en l'espèce, le niveau de la suspension des concessions tarifaires - n'entre pas en ligne de compte dans l'appréciation du caractère "approprié" de la mesure. A ce stade, la question du niveau est envisagée en tant qu'élément d'une réaction temporaire à l'égard de la non-mise en conformité de la réglementation prohibée avec les exigences des Accords OMC. Il est dès lors reconnu aux Membres une marge d'appréciation pour fixer ce niveau d'une manière qui, abstraitement, est susceptible d'assurer la suppression de l'acte.

L'appréciation du niveau de la suspension des concessions tarifaires sollicitée par les CE, a fait l'objet de la deuxième partie de la décision de l'organe d'arbitrage. Celui-ci a évalué ce niveau en examinant la demande des CE de pratiquer des mesures de rétorsion d'un montant de \$ 4.043 par an en contrepartie des \$ 4.000 par an, dépensés par les États Unis pour l'octroi de l'aide. Selon les arbitres, "each dollar is... as much a breach of the obligations of the United States as any other.... Thus, the United States has breached its obligation to the European Communities in respect of all the money that it has expended, because such expenditure in

breach – the expense incurred – is the very essence of the wrongful act". Il s'ensuit que l'approche des CE qui propose des contre-mesures "which would precisely tailor the response to the amount of this initial wrongful act" est en principe admissible. Les arbitres constatent, par la suite, que les montants juxtaposés sont non seulement proportionnés du point de vue arithmétique mais qu'ils entretiennent en plus une proportionnalité "structurelle" résultant de la relation légale entre la mesure prohibée et la contre-mesure qui est destinée à lui faire face. Le niveau de la suspension demandée par les CE a dès lors été jugé non disproportionné par rapport au régime d'aide prohibé et il a, par conséquent, été déclaré à son tour approprié au sens de l'article 4.10 de l'Accord SCM.

La liste des produits susceptibles de faire l'objet de contre-mesures a été publiée le 13 septembre 2002. Afin de ne pas trop perturber les relations commerciales avec les États-Unis, la Commission a réduit l'éventail de tels produits de sorte que seuls sont visés les produits pour lesquels les importations en provenance des États-Unis représentent pour chacun d'entre eux 20% au maximum du total des importations de l'UE. Pour l'instant, la liste est soumise aux observations de l'industrie européenne. Elle peut être consultée au site: europa.eu.int/eur-lex. De plus amples informations peuvent être obtenues au site: europa.eu.int/comm/trade/index.en.htm

Decision of the Arbitrator, WT/DS108/ARB du 30.08.02

C. Législations nationales

Allemagne

Protection des consommateurs - Démarchage à domicile - Crédit à la consommation - Droit de révocation - Modification de la législation nationale suite à l'affaire Heininger

L'arrêt de la Cour de justice du 13 décembre 2001 dans l'affaire Heininger (C-481/99, Rec. p. I-09945) et l'arrêt du Bundesgerichtshof du 9 avril 2002 (voir "Reflets" n° 2/2002, p. 16 et suiv.) ont donné lieu à des discussions politiques sur la protection des consommateurs en matière de crédit immobilier. Ces discussions ont fourni l'occasion au législateur allemand de souligner l'insuffisance de la protection du consommateur en ce domaine, et l'ont conduit à modifier le code civil allemand par la loi du 23 juillet 2002.

Rappelons la situation juridique avant les arrêts Heininger : s'il est vrai qu'en matière de crédit à la consommation, le droit

allemand prévoit un droit de révocation du débiteur-consommateur, un tel droit ne s'appliquait pas, en revanche, dans le cas de figure d'un contrat de crédit garanti par une sûreté immobilière (art. 491, § 3, n° 1 du Bürgerliches Gesetzbuch - BGB). De plus, s'agissant d'un contrat de crédit conclu par un consommateur, l'article 312a du BGB excluait également le droit de révocation en ce qui concerne les contrats conclus par démarchage à domicile. Il était ainsi possible de rencontrer des situations où le consommateur ne bénéficiait d'aucun droit de révocation, même si le contrat de crédit avait été conclu par démarchage à domicile.

Le Bundesgerichtshof a remédié à cette situation dans l'arrêt précité. Interprétant l'article 312a du BGB à la lumière de la directive 85/577 sur le démarchage à domicile, il a jugé, en effet, que le débiteur d'un contrat de crédit reste habilité à se prévaloir du droit de révocation dans l'hypothèse d'un contrat conclu par démarchage à domicile, lorsque la réglementation sur les crédits à la consommation n'offre pas de droit de révocation équivalent.

Cette interprétation du Bundesgerichtshof a été reprise par le législateur et a trouvé son expression dans le nouveau libellé de l'article 312a du BGB. Le législateur allemand a également fait valoir que n'était pas justifié le principe existant selon lequel le débiteur d'un contrat de crédit garanti par une sûreté immobilière ne bénéficiait pas du même droit de révocation que tout autre débiteur. Aussi a-t-il étendu à ce dernier cas de figure le droit de révocation dont dispose tout consommateur-débiteur indépendamment du fait qu'il y ait ou non démarchage à domicile.

La loi du 23 juillet 2002, outre le fait qu'elle a élargi le droit de révocation, a aussi modifié les incidences de la révocation d'un contrat de crédit foncier. Jusqu'ici, comme l'a encore souligné le Bundesgerichtshof, la révocation du contrat de crédit foncier n'avait normalement pas d'incidences sur la validité du contrat d'achat du bien immobilier financé à l'aide du premier contrat (art. 491, § 3, n° 1 et 358, § 2, du BGB). Désormais, la révocation du contrat de crédit rend invalide le contrat d'achat du bien immobilier, même si ce dernier est conclu avec un tiers, lorsque les deux contrats forment une unité économique. Selon le nouvel article 358, paragraphe 3, du BGB, la notion d'"unité économique" présuppose que le créancier du crédit livre le bien immobilier lui-même ou qu'il promeut, au-delà de la mise à disposition du crédit, l'acquisition du bien immobilier en coopération avec le vendeur. Il convient encore de souligner que l'existence d'une unité économique entre les contrats de crédit et d'achat implique également que le débiteur soit habilité à refuser le remboursement du crédit lorsque le bien immobilier est entaché de vices.

Enfin, le législateur a modifié le délai de révocation. Selon l'article 355, paragraphes 1 et 3, du BGB, le consommateur disposait d'un délai de deux semaines pour exercer son droit. Ce délai commençait à courir à partir du moment où le consommateur avait reçu l'information sur ce droit de révocation. Il expirait, dans tous les cas, six mois après la conclusion du contrat. Cependant, comme l'a constaté la Cour, la directive sur le démarchage à domicile s'oppose à une telle limitation du délai. Aussi, le nouvel article

355, paragraphe 3, du BGB prévoit-il expressément que le délai n'expire pas avant que le consommateur ait été correctement informé sur son droit de révocation. De plus, lorsque l'obligation, incombant au commerçant, de fournir cette information, n'est remplie qu'après la conclusion du contrat, le délai de révocation est porté à un mois.

Loi du 23.07.02, dans Bundesgesetzblatt 2002 I, Nr. 53, S. 2850 et suiv.

Autriche

Marchés publics - Nouvelle loi modifiant la répartition constitutionnelle des compétences - Unification du droit matériel

La nouvelle loi fédérale sur la passation des marchés publics (Bundesvergabegesetz 2002, BGBl Nr 99/2002, ci-après BVergG), modifie non seulement la répartition des compétences prévue par la Constitution fédérale (entrée en vigueur le 1er janvier 2003) mais réalise aussi une unification du droit matériel, procède à un remaniement des règles relatives à la protection juridique et étend son champ d'application aux marchés qui n'atteignent pas les seuils prévus par les directives communautaires (ces dispositions sont entrées en vigueur le 1er septembre 2002). C'est l'annulation par la Cour constitutionnelle de certaines dispositions importantes de l'ancienne BVergG, mais aussi la jurisprudence de la Cour de justice qui ont conduit à l'adoption d'une nouvelle législation en la matière.

Jusqu'à présent, l'attribution des marchés publics en Autriche était réglée, dans chaque Land, par une loi propre émanant de celui-ci et par la loi fédérale. La nouvelle loi ajoute à la Constitution fédérale un article 14b, qui introduit une nouvelle répartition des compétences afin de permettre l'adoption d'une loi uniforme applicable à l'ensemble du territoire. La Fédération est désormais compétente pour régler la procédure

d'adjudication également pour les Länder (à l'exception des dispositions concernant les recours dans le cadre des procédures où le pouvoir adjudicateur relève de la compétence d'un Land). L'exécution de ces dispositions est répartie entre la fédération et les Länder, lesquels ont désormais un droit de participation et un droit d'agrément quant aux changements des dispositions de fond de la BVergG.

En ce qui concerne le droit matériel, les modifications suivantes méritent d'être mentionnées:

- le champ d'application matériel est étendu aux adjudications inférieures aux seuils, pour lesquelles sont prévus différents types de procédures simplifiées (§ 26ss BVergG) ;
- afin de garantir la non-discrimination et la transparence en matière de concessions de services, celles-ci se voient appliquer partiellement la BVergG ;
- pour assurer une transposition exacte, le paragraphe 7 du BVergG reprend la définition du pouvoir adjudicateur telle qu'elle est donnée par les directives;
- les principes généraux de la procédure d'attribution des marchés font expressément référence au respect des libertés fondamentales et du principe de non-discrimination;
- la transmission électronique d'informations est autorisée, sous réserve de l'adoption de certaines mesures de sécurité;
- la procédure fait l'objet de dispositions plus nombreuses et plus diversifiées.

Le système existant est maintenu en ce qui concerne la protection juridique en matière de passation des marchés publics. Le Bundesvergabeamt (autorité fédérale d'adjudication, ci-après BVA) et la Bundesvergabekontrollkommission (commission fédérale de contrôle des adjudications, ci-après BVKK), tous deux institués auprès du Ministère de l'économie et du travail (§§ 135ss BVergG), assurent la protection juridique. La BVKK est néanmoins réduite à un simple rôle de conciliation.

En revanche, la BVA est une autorité administrative indépendante quasi-juridictionnelle, instaurée par la Constitution fédérale, dont les décisions sont soumises au

contrôle de la Cour administrative (VwGH) et de la Cour constitutionnelle (VfGH). Elle ne statue donc plus en dernier ressort au sens de l'article 234 CE. En ce qui concerne son organisation, il convient de relever qu'elle siège en chambres de trois juges, le président de chaque chambre étant nécessairement, désormais, un juge professionnel.

La BVA est compétente pour statuer dans les procédures d'annulation (Nachprüfungsverfahren), parmi lesquelles la BVergG distingue dorénavant entre décisions susceptibles d'une procédure de vérification ("gesondert anfechtbare Entscheidungen") et décisions non-susceptibles d'une procédure de vérification ("nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen"). En outre, la BVergG introduit une procédure en constatation (procédure subsidiaire applicable lorsque l'illicéité ne peut être invoquée dans le cadre d'une procédure de vérification). La BVA peut également rendre des ordonnances en référé qui ont, sous certaines conditions, un effet suspensif.

Enfin, toutes les procédures devant la BVA sont désormais payantes.

Pour de plus amples informations voir, notamment, Gutknecht, Das Bundervergabegesetz 2002, Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2002, pp. 65 et ss.; Fruhmann, Das BVergG 2002 - ein einheitliches Vergaberecht für Österreich, Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis 2002, pp. 206; Latzenhofer, Die Reform des Rechtsschutzsystems des Bundesvergabegesetzes nach dem BVergG 2002, Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis 2002, pp. 210 ss.

- - - - -

Concurrence - Modification de la loi sur les ententes et création d'une nouvelle autorité

La réforme de la réglementation sur les ententes et l'abus de position dominante a abouti à l'adoption d'une nouvelle loi sur la concurrence (Wettbewerbsgesetz, ci-après WettbG) et entraîné des modifications substantielles de la loi sur les ententes (BGBl

Nr 62/2002, entrée en vigueur le 1er juillet 2002).

L'objectif principal de cette réforme est, d'une part, d'assurer plus efficacement l'application du droit de la concurrence national et communautaire par l'instauration d'une nouvelle autorité dotée de pouvoirs d'enquête, et notamment du droit de procéder à des perquisitions. D'autre part, le système de sanctions pénales est remplacé par un mécanisme d'amendes forfaitaires.

Sur le plan institutionnel, deux nouvelles autorités sont mises en place : la Bundeswettbewerbsbehörde (autorité fédérale de la concurrence, ci-après BWB) et le Bundeskartellanwalt (agent fédéral des ententes, ci-après BKAnw), chargées de veiller ensemble au bon fonctionnement du marché.

La BWB, autorité indépendante instituée auprès du Ministère des affaires économiques, veille, en qualité de partie poursuivante, à l'élimination des distorsions de concurrence présumées, en coopération avec le Kartellgericht (Tribunal des ententes). La BWB est, dorénavant, l'autorité compétente pour les affaires de concurrence de dimension communautaire et est, à ce titre, tenue de collaborer avec la Commission européenne. Elle est chargée de mener des investigations dans les secteurs économiques soupçonnés de restreindre la concurrence ainsi que de formuler des avis sur des questions économiques. Pour accomplir ces tâches, la BWB est dotée de divers pouvoirs d'enquête : audition d'experts, de témoins et de parties, droit de demander communication de documents aux entreprises (une ordonnance du Kartellgericht est toutefois nécessaire en cas de refus de l'entreprise concernée) et perquisitions (moyennant autorisation du Kartellgericht).

La Wettbewerbskommission (Commission de la concurrence), organe consultatif institué auprès de la BWB, procède à des expertises et formule des recommandations sur les concentrations notifiées.

Le BKAnw est, quant à lui, placé sous l'autorité du Ministre de la justice. Il défend, en qualité de partie, l'intérêt public dans les

affaires de concurrence, en suggérant des enquêtes à la BWB et en introduisant les demandes auprès du Kartellgericht.

Le Kartellgericht est déchargé de son pouvoir d'initiative en matière d'enquêtes et de poursuites. La composition des chambres est également modifiée, de telle manière que les juges professionnels ne puissent plus être mis en minorité par les assesseurs non-professionnels.

S'agissant des règles de droit matériel, on relève les modifications suivantes :

L'abus de position dominante est désormais interdit per se, comme le prévoit d'ailleurs l'article 82 CE : dorénavant, le premier abus emporte condamnation à une amende.

Dans le secteur des entreprises de médias, le Kartellgericht peut, dès le premier abus, ordonner des mesures pour corriger ou même supprimer la situation de position dominante si cette situation atteint la diversité des médias et si les faits sont susceptibles de se répéter.

Quant au contrôle des concentrations, la BWB doit être contactée préalablement à toute fusion, pour des entretiens informels concernant les modalités de la concentration. S'il l'estime nécessaire, le BKAnw peut néanmoins, après avoir donné à la BWB la possibilité de formuler un avis, demander que la fusion soit examinée par le Kartellgericht. La Wettbewerbskommission peut, par ailleurs, rendre un avis motivé sur cette demande d'examen. La BWB et le BKAnw peuvent, enfin, renoncer à solliciter l'examen de l'affaire par le Kartellgericht.

Les amendes judiciaires sont remplacées par un mécanisme d'amendes forfaitaires sensiblement plus élevées (de 10.000 à 1 million €), prononcées à charge de l'entreprise et non plus contre une personne physique. Les éléments constitutifs des infractions sont (également) détaillés. En outre, la gravité et la durée de l'infraction, le degré de la faute et la capacité économique de l'entreprise doivent être pris en considération dans la fixation du montant de l'amende. L'exécution est assurée par le Kartellgericht.

Pour de plus amples informations voir, notamment, Gruber, Die Kartellrechtsnovelle 2002 im Überblick, Recht der Wirtschaft 2002, pp. 450 et ss.; Barbist / Görg, Wettbewerbsgesetz und Kartellgesetznovelle

2002 im Überblick, ecolex 2002, pp. 404 et ss.; Stockenhuber, Das neue Kartellrecht 2002, Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, pp. 74 et ss.

D. Échos de la doctrine

L'application du droit communautaire de la concurrence à la profession d'avocat

Très attendus, les arrêts de la Cour du 19 février 2002, dans les affaires C-35/99, Arduino (Rec. 2002, p. I-01529) et C-309/99, Wouters (Rec. 2002, p. I-01577) constituent une première en ce qui concerne l'application des dispositions du droit communautaire de la concurrence à la profession d'avocat.

Dans l'affaire Arduino, la Cour a été saisie d'un certain nombre de questions préjudicielles portant sur la compatibilité avec l'article 81 CE des délibérations du Conseil national de l'ordre des avocats italien ayant pour objet la fixation des tarifs obligatoires des avocats en Italie. Se fondant sur sa jurisprudence traditionnelle en matière de compatibilité des réglementations nationales avec les articles 10 et 81 CE (cf., notamment, les arrêts de la Cour du 21 septembre 1988, dans l'affaire C-267/86, van Eycke, Rec. 1988, p. 4769 et du 17 novembre 1993, dans l'affaire C-185/91, Reiff, Rec. 1993, p. I-5801), la Cour conclut qu'en l'espèce, l'État italien n'a pas délégué ses pouvoirs au Conseil national de l'ordre des avocats, étant donné que ce dernier n'élabore qu'un projet de tarif qui peut être amendé par le ministre, lequel est assisté de deux organismes indépendants.

Selon *L. Idot* ("Avocats et droit de la concurrence: la rencontre a eu lieu", Europe, mai 2002, p. 5), si le recours par la Cour à sa jurisprudence classique n'apparaît guère étonnante, la différence de traitement entre avocats dans l'affaire Arduino et expéditeurs en douane dans l'affaire CNSD (arrêt de la

Cour du 18 juin 1998, dans l'affaire C-35/96, CNSD, Rec. 1998, p. I-3851) "est, en revanche, plus surprenante". Comme le souligne l'auteur, "[c]e n'est pas un hasard si certains, dont le juge a quo, avaient estimé que l'application des principes dégagés dans l'arrêt CNSD pour les expéditeurs en douane conduisait à une condamnation du système de fixation des honoraires" (*L. Idot*, op. cit., p. 6). En effet, "pour les expéditeurs en douane, la loi prévoyait la fixation du tarifs par le conseil, tout en lui laissant une certaine marge de manoeuvre", ce qui a amené la Cour à conclure "que la loi avait 'complètement abandonné à des opérateurs économiques privés la compétence des autorités publiques en matière de détermination des tarifs' [...]. Il n'en demeure pas moins que le Conseil national était présidé par le directeur général des douanes et le tarif approuvé par le ministre sous forme d'un décret. La frontière entre les deux situations est décidément bien tenue..." (*L. Idot*, op. cit., p. 7). Exprimant ces mêmes réserves, *P. Schlosser* ("From Freedom of Establishment for Lawyers to European Competition Law", The European Legal Forum, n° 2- 2002, p. 94) observe à son tour: "The decisive reason for upholding the 'Real Decreto Legislativo' was the supposed fact that 'the Italian State cannot be said to have delegated to private economic operators [the] responsibility for taking decisions affecting the economic sphere, which would have the effect of depriving the provisions at issue in the main proceedings of the character of legislation'. True, the Court reiterates its former ruling that the Treaty 'requires the Member States not to introduce or maintain in force measures, even of a legislative or regulatory nature, which may render ineffective the competition rules applicable to undertakings'. The Court did, however,

not mention a single word on the point whether, by prescribing minimum tariffs, the ‘Real Decreto Legislativo’ restricts competition. Since Advocate General Léger had emphasised in express terms that he could not see any justification for such minimum tariffs, one is perplexed by the fact that the Court of Justice did not even address the issue [...]” (*P. Schlosser*, op. cit., pp. 100-101). *A. J. Vossenstein* (Annotation on Case C-35/99, *Arduino*, judgment of 19 February 2000, Full Court and Case C-309/99, *Wouters et al. v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, judgment of 19 February 2002, (2002) *Common Market Law Review*, p. 841) remarque, quant à lui, sur un ton plus conciliateur: “the fact that a (majority) of a committee is composed of private operators and is not required to take into account public-interest criteria, does not necessarily mean that their ‘meeting of minds’ on tariffs infringes Article 81 (1) EC or that the State measure providing for such a regime infringes Article 10 EC and Article 81 EC. If they advance genuine proposals and prices are ultimately determined by the government in the public interest, then even if these views reflect their selfish, private and commercial interests, their ‘meeting of minds’ does not infringe Article 81 EC, nor does the legislation providing for such a ‘meeting of minds’ infringe Article 10 EC and Article 81 EC. The Court of Justice in *Arduino* (para 40) now holds that where a State does not waive its power to make decisions of last resort or to review implementation of a tariff, it does not divest its own rules of the character of legislation by delegating to private economic operators responsibility for taking decisions affecting the economic sphere. This was the case, as the CNF was only responsible for producing a draft tariff which, as such, is not compulsory and [as] fees are to be settled by the courts, which may in certain circumstances depart from limits fixed pursuant to the Royal Decree-Law” (*A. J. Vossenstein*, op. cit., pp. 860-861).

Dans l’affaire *Wouters* la Cour a été saisie d’une série de questions préjudicielles portant sur la compatibilité avec les articles 81 et 82 CE de l’interdiction de toute collaboration entre avocats et experts-

comptables édictée par l’ordre national des avocats néerlandais. Si l’arrêt *Wouters* peut apparaître comme une “confirmation prévisible de l’applicabilité des règles de concurrence aux professions libérales” (*L. Idot*, op. cit., p. 5), s’inscrivant dans la continuité logique d’une jurisprudence bien établie de la Cour (cf., notamment, les arrêts du 23 avril 1991, dans l’affaire C-41/90, *Höfner*, Rec. 1991, p. I-1979 et du 12 septembre 2000, dans les affaires jointes C-180 à 184/98, *Pavlov*, Rec. 2000, p. I-6451), il apporte toutefois d’importantes précisions en ce qui concerne la qualification des ordres professionnels comme associations d’entreprises au sens de l’article 81, paragraphe 1, CE. À cet égard, la doctrine met particulièrement en exergue la solution retenue par la Cour selon laquelle une telle qualification dépend désormais de la nature de l’intervention de l’entité concernée et d’une analyse de celle-ci dans chaque cas d’espèce. Le parallèle avec la jurisprudence de la Cour sur la notion d’‘entreprise’ est évident. Comme le souligne un auteur, “the Court of Justice considers the notion ‘association of undertakings’ to be relative in the sense that it has to be established with regard to the specific activity under scrutiny. The Court thus seems to take a similar approach as arguably in its case-law on the notion undertaking, in which it considers only whether, in concreto, in respect of the activity under scrutiny, the entity is to be classified as an undertaking” (*A. J. Vossenstein*, op. cit., p. 853).

Pour déterminer si l’ordre national des avocats néerlandais a agi comme une association d’entreprises, le juge communautaire s’inspire de “sa jurisprudence bien établie sur la définition de l’activité économique” (*L. Idot*, op. cit., p.6). À cet égard, si il conclut que l’ordre n’a exercé ni mission sociale au sens de l’arrêt *Poucet* (arrêt de la Cour du 17 février 1993, dans les affaires jointes C-159 et 160/91, *Poucet et Pistre*, Rec. 1993, p. I-637), ni prérogative de puissance publique au sens de la jurisprudence *SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol* (arrêt de la Cour du 19 janvier 1994, dans l’affaire C-364/92, *SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol*, Rec. 1994, p. I-43), il n’en demeure pas moins que, étant

donné qu'il apparaît comme l'organe de régulation d'une profession dont l'exercice constitue par ailleurs une activité économique, il a agi en pratique comme une association d'entreprises et ne doit pas, en conséquence, échapper à l'application des règles de concurrence. Cette solution suit effectivement la logique de la jurisprudence antérieure mais présente néanmoins des éléments nouveaux. Comme l'observe A. J. Vossenstein, "the Court with an important statement (negatively) defines the scope of the EC rules on competition. The Court refers to its cases Poucet [précité], SAT Fluggesellschaft [précité] and Diego Calí [arrêt de la Cour du 18 mars 1997, dans l'affaire C-343/95, Diego Calí, Rec. 1997, p. I-1547], and codifies them into a genuine statement of principle on the scope of the rules of competition: 'the Treaty rules on competition do not apply to an activity which by its nature, its aims and the rules to which it is subject does not belong to the sphere of economic activity ... or which is connected with the exercise of the powers of a public authority'" (A. J. Vossenstein, op. cit., p. 853), et cet auteur d'ajouter par ailleurs, "the Court seems to take the view, contrary to some interveners, that for the qualification as an association of undertakings, it is not required that a association carries out an economic activity; it seems to suffice - and here lies the novelty - that its conduct does not fall outside the sphere of economic activity. The 1993 Regulation did not fall outside the sphere of economic activity 'having regard to its influence on the conduct of the members of the Bar of the Netherlands on the market in legal services'" (A. J. Vossenstein, op. cit., pp. 853-854).

Incontestablement, c'est la partie de l'arrêt portant sur la question de savoir si le comportement de l'ordre national des avocats néerlandais entraîne une restriction de la concurrence "qui est la plus innovante d'un point de vue méthodologique" (S. Poillot-Peruzzetto, "La collaboration entre avocats et experts-comptables révolutionne l'analyse de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE", Contrats - Concurrence - Consommation, avril 2002, pp. 35 et suiv., spécialement p. 39). À cet égard, L. Idot se montre particulièrement critique vis-à-vis de

l'approche retenue par la Cour. Considérant que "l'arrêt laisse le lecteur perplexe", l'auteur souligne, s'agissant de la question de l'identification du marché pertinent que "la Cour est pour le moins embarrassée et ne se livre pas à une analyse rigoureuse. L'on passe du marché des experts-comptables [...] au marché des services juridiques [...]. Cela n'est pas la même chose. En réalité, l'on est en présence de deux marchés distincts, mais complémentaires. Si, en matière de concentrations, l'appréhension de ce type de situation est désormais fréquent, il n'en est pas de même en matière d'ententes où les règles ont été construites à partir de la notion de cartel. Pour admettre l'application de l'article 81 CE, il aurait fallu admettre, soit l'existence d'un marché plus large de services rendus aux entreprises au regard des obligations légales qui pèsent sur elles englobant tant les prestations juridiques que comptables, soit le fait que l'entente pouvait avoir un effet sur un marché distinct de celui de ses membres" (L. Idot, op. cit., p. 7).

L'auteur ne se montre pas moins sévère en ce qui concerne la méthode utilisée par la Cour pour légitimer, à l'égard de l'article 81 CE, la restriction de la concurrence résultant du comportement de l'ordre national des avocats néerlandais, soulignant à cette fin l'apparente contradiction entre l'arrêt Wouters et l'arrêt du Tribunal dans l'affaire Métropole (arrêt du Tribunal du 18 septembre 2001, dans l'affaire T-112/99, Métropole, Rec. 2001, p. II-02459). À cet égard, elle observe que si, dans ce dernier arrêt, il avait été affirmé que la règle de raison (rule of reason) n'existait pas en droit communautaire, l'arrêt Wouters semble démontrer exactement le contraire. Selon l'auteur, les restrictions identifiées dans l'arrêt Wouters "ne sont que formelles, parce que, replacées dans leur contexte, elles sont justifiées au regard d'autres considérations non économiques. Quel que soit le nom donné à un tel raisonnement et même s'il ne s'agit pas de l'application de la "rule of reason" au sens du droit antitrust américain, il y a bien là une application raisonnable de l'article 81, paragraphe 1, CE" (L. Idot, op. cit. p. 7; cf., toutefois, pour une explication possible de l'apparente contradiction entre les arrêts Wouters et Métropole, A.J.

Vossenstein, op. cit., pp. 857 et suiv.) L'auteur conclut: "[u]ne autre solution, qui aurait permis d'éviter ce raisonnement pour le moins surprenant, aurait été, une fois la restriction de la concurrence identifiée de la légitimer sur le terrain de l'intérêt général. Malgré ces limites, l'article 86, paragraphe 2, CE aurait pu servir de base à une réflexion" (L. Idot, op. cit., p. 7; cf. également M. Henssler, "Satzungsrecht der verklammerten Berufe und europäisches Kartellverbot", *Juristenzeitung*, 2002, p. 982). Également de l'avis que la Cour "aurait pu arriver aux mêmes solutions en utilisant un raisonnement plus classique", S. Poillot-Peruzzetto estime toutefois qu'on ne peut "que se réjouir de l'introduction d'une telle exception [à l'application de l'article 81, paragraphe 1, CE], tant l'Europe qui avait fait dans un premier temps de la concurrence un cheval de bataille, doit désormais intégrer d'autres valeurs si elle veut [...] s'imposer par son humanisme" (S. Poillot-Peruzzetto, op. cit., pp. 38-39). Il n'empêche que, comme le souligne cet auteur, la portée de cette exception doit cependant être clarifiée. En effet, si la limitation de l'application des règles communautaires de libre circulation et de libre concurrence afin d'assurer la protection d'intérêts légitimes jugés supérieurs est tout à fait justifiée, "le fondement juridique de cette atténuation devrait à tout le moins être indiqué" (L. Idot, op. cit., p. 8). En effet, comme le remarque O. Sosnizza ("Standesorganisationen im Fadenkreuz des deutschen und europäischen Kartellrechts", *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2002, p. 460), l'arrêt ouvre la porte à une dangereuse généralisation du recours par la Cour à la règle de raison pour justifier des comportements restrictifs de la concurrence, ce qui risque de porter atteinte à la sécurité juridique et de rendre la jurisprudence de la Cour très imprévisible.

Enfin, F. Marcos ("La ultima palabra sobre las sociedades profesionales entre abogados y auditores", *La Ley*, n° 5512, 28 mars 2002, p. 1) estime, quant à lui, que l'arrêt s'inspire d'une conception trop conservatrice de l'exercice de la profession d'avocat. Selon l'auteur, "[l]a creación de sociedades multi-profesionales choca con el obstáculo de quienes consideran que las profesiones de

abogado y auditor son incompatibles. Expresado en estos términos, se trata obviamente del obstáculo más grave à la formación de sociedades multi-profesionales. Sin embargo, la cuestión no debe enfocarse de esta manera, pues no puede afirmarse con carácter tajante y absoluto que estas dos actividades profesionales sean incompatibles. Es más acertado y riguroso considerar que la creación de sociedades multi-profesionales de abogados y auditores plantea un problema de obligaciones y deberes potencialmente diferentes y que suscita un posible conflicto de intereses" (F. Marcos, op. cit., p. 3). "Wouters ha abierto la puerta al debate sobre las sociedades multi-profesionales de abogados y auditores, pero seguramente lo que el TJCE ha dicho no será la última palabra" (F. Marcos, op. cit., p. 4).

Épuisement du droit de marque et consentement

Dans son arrêt du 20 novembre 2001, dans les affaires jointes C-414/99, C-415/99 et C-416/99, Davidoff e.a. (Rec. 2001, p. I-08691), la Cour a été appelée à se prononcer une nouvelle fois sur l'interprétation de la directive 89/104/CEE, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO L 40, p. 1). Suite logique de sa jurisprudence antérieure en matière d'épuisement international du droit de marque (cf., notamment, les arrêts de la Cour du 16 juillet 1998, dans l'affaire C-355/96, Silhouette, Rec. 1998, p. I-04799 et du 1er juillet 1999, dans l'affaire C-173/98, Sebago, Rec. 1999, p. I-04103), l'arrêt apporte d'importantes précisions en ce qui concerne la notion de consentement figurant à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 89/104.

Selon P. Dyrberg et G.T. Petursson ("What is consent? A note on Davidoff and Levi Strauss", *European Law Review*, 2002, pp. 464 et suiv., spécialement p. 470), "the Court's finding that the notion of consent under Article 7 (1) of the Directive was a notion of Community law appears fully warranted and in line with its general concern to ensure the uniform application of

Community law. A finding to the contrary would have seriously undermined the protection against international exhaustion conferred upon trade mark proprietors: parallel importers would then have been able to import trade marked goods into the EEA by using as a stepping-stone the Member State with the lowest requirements for establishing consent".

Selon l'interprétation uniforme retenue par la Cour, le consentement visé à l'article 7, paragraphe 1, de la directive, peut n'être qu'implicite, "lorsqu'il résulte d'éléments et de circonstances antérieurs, concomitants ou postérieurs à la mise dans le commerce en dehors de l'EEE, qui, appréciés par le juge national, traduisent de façon certaine une renonciation du titulaire à son droit de s'opposer à une mise dans le commerce dans l'EEE". Si la Cour "accepte la possibilité en théorie" d'un consentement implicite, "dans la mesure où la preuve du consentement exige toujours un acte positif de la part du titulaire, la portée de la notion semble très restreinte" (*D. Slater*, *Revue du Droit de l'Union européenne*, n° 4/2001, pp. 1006 et suiv., spécialement p. 1007). En effet, comme le soulignent *P. Dyrberg* et *G.T. Petursson*, "[a]s to the Court's acceptance of the notion of implied consent, the requirements for finding such implied consent will probably be very difficult to meet. Thus, it appears to be a fair conjecture that the notion will not have any large impact in reality. The impact of the notion will probably be limited to serve as some sort of safety valve which will permit national courts to reach the right result where there is no explicit consent but where the circumstances of the case clearly point to that" (*P. Dyrberg* et *G.T. Petursson*, op. cit., p. 471).

De plus, dès lors que la Cour retient que le consentement implicite du titulaire doit traduire d'une façon certaine une renonciation de ce dernier à opposer son droit de suite et impose à l'opérateur qui invoque l'existence d'un tel consentement d'en apporter la démonstration, "l'arrêt marque une véritable révolution dans le domaine de la charge de la preuve" (*C. Vilmar*, *La semaine juridique - entreprise et affaires*, n° 22, 30 mai 2002, pp. 910 et suiv.,

spécialement p. 911). Le fait d'imposer la charge de la preuve à l'importateur parallèle peut toutefois avoir des effets pervers d'un point de vue de l'application des règles de concurrence. En effet, comme le signale *D. Kallay* ("*Levi Strauss v. Tesco: At a Difficult Juncture of Competition, IP and Free Trade Policies*", *European Competition Law Review*, 2002, p. 193), "[i]n legal terms, placing such a high burden of proof on parallel importers significantly limits the commercial exhaustion of trademark rights, thus restricting the parallel importation of trademark-bearing goods from outside the EEA. Consequently, trademark proprietors are granted extensive control over the distribution of goods bearing their trademark. Such control carries a number of potential ramifications that include a stifling of intra-brand price competition in the Community market and a potential for trademark-based international discriminatory pricing. To put the latter in lay terms, the decision may perpetuate and legitimise a situation in which Community consumers must pay significantly higher prices than their American or Asian counterparts for the very same trademarked goods" (*D. Kallay*, op. cit., p. 195). Peut-être toutefois qu'il s'agit d'un défi pour lequel l'Union européenne est bien préparée. N'est-il, en effet, pas vrai, comme le soulignent *D. O'Keefe* et *B. Keane* (Annotation on Joined Cases C-414/99, C-4415/99 and C-416/99, *Zino Davidoff e.a.*, judgment of the Full Court of 20 November 2001, *Common Market Law Review*, 2002, p. 591), que, "competition policy is actively being invoked to temper the exclusivity of intellectual property rights [and that the latter] therefore may not automatically bestow the right holder with a carte blanche to act as it wishes"? (*D. O'Keefe* et *B. Keane*, op. cit., p. 606).

L'importance de l'arrêt pour le marché intérieur est par ailleurs bien illustrée par ces auteurs : "Davidoff and the previous cases are not merely shields with which to protect the Internal Market, but also weapons with which to strengthen the external posture of the Community. This rationale to ensure a unified approach should be the foundation and guide for any subsequent case-law in national or Community courts on this issue.

It is also arguable that the Community now has exclusive competence in these matters in relations with non-Member States, though whether it takes up the ECJ's invitation in this respect, remains to be seen. Silhouette

closed the portcullis to Fortress Europe and Sebago and Davidoff have provided its guardians with effective barbicans" (*D. O'Keefe et B. Keane*, op. cit., pp. 606-607).

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>
-