



# REFLETS

## Informations rapides sur les développements juridiques présentant un intérêt communautaire

### Table des matières

<b>A. Jurisprudence</b> .....	<b>1 -</b>
<b>I. Juridictions européennes et internationales</b> .....	<b>1 -</b>
Cour européenne des droits de l'homme	- 1 -
Cour AELE .....	- 9 -
<b>II. Juridictions nationales</b> .....	<b>13 -</b>
1. États membres.....	- 13 -
Allemagne .....	- 13 -
Belgique .....	- 15 -
France.....	- 17 -
Grèce .....	- 18 -
Hongrie.....	- 19 -
Italie.....	- 20 -
Lituanie .....	- 22 -
Pays-Bas.....	- 23 -
République tchèque .....	- 25 -
Royaume-Uni .....	- 28 -
2. Pays tiers.....	- 31 -
États-Unis.....	- 31 -
<b>B. Pratique des organisations internationales</b> .....	<b>32 -</b>
<b>C. Législations nationales</b> .....	<b>32 -</b>
Belgique .....	- 32 -
France.....	- 34 -
Italie.....	- 36 -
Territoires britanniques .....	- 36 -
<b>D. Échos de la doctrine</b> .....	<b>37 -</b>
<b>E. Brèves</b> .....	<b>41 -</b>

### A. Jurisprudence

#### I. Juridictions européennes et internationales

##### Cour européenne des droits de l'homme

##### *Convention européenne des droits de l'homme - Droit au respect de la vie privée et familiale - Conservation par les autorités des empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN des personnes non condamnées - Violation de l'article 8 de la Convention*

Statuant sur la requête de deux ressortissants britanniques, la Cour EDH a prononcé le 4 décembre 2008 son arrêt de Grande Chambre dans l'affaire S. et Marper / Royaume-Uni, dans lequel elle a conclu, à l'unanimité, à la violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention en raison de la conservation par les autorités des empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN des requérants après la conclusion des poursuites pénales menées contre eux.

En janvier 2001, S., alors âgé de onze ans, a été arrêté et inculpé de tentative de vol mais acquitté par la suite. M. Marper a été arrêté en mars 2001 et inculpé de harcèlement à l'égard de sa compagne. L'affaire a cependant été classée sans suite. Dans le cadre d'une procédure d'identification et fichage, les empreintes digitales des requérants et des

échantillons de leur ADN ont été prélevés. Une fois ces procédures terminées, les deux requérants ont sollicité en vain la destruction des empreintes et des échantillons en question ainsi que des profils ADN les concernant. Les données ont été stockées sur la base d'une loi autorisant leur conservation pour une durée illimitée.

Les requérants se sont plaints devant la Cour EDH, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, de la conservation par les autorités de leurs empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN après la conclusion, respectivement par un acquittement et par une décision de classement sans suite, des poursuites pénales menées contre eux.

La Cour EDH note que les *échantillons cellulaires* contiennent beaucoup d'informations sensibles sur un individu, notamment sur sa santé. De surcroît, les échantillons renferment un code génétique unique qui revêt une grande importance tant pour la personne concernée que pour les membres de sa famille. Vu la nature et la quantité des informations personnelles contenues dans les échantillons cellulaires, la Cour EDH estime que leur conservation constitue en soi une atteinte au droit au respect de la vie privée des individus concernés.

Le fait que les *profils ADN* fournissent un moyen de découvrir les relations génétiques pouvant exister entre des individus suffit, selon la Cour EDH, en soi pour conclure que leur conservation constitue une atteinte au droit à la vie privée de ces individus. La possibilité qu'offrent les profils ADN de tirer des déductions quant à l'origine ethnique rend leur conservation d'autant plus sensible et susceptible de porter atteinte au droit à la vie privée.

Les *empreintes digitales* des requérants ont été relevées en vue de leur conservation permanente et de leur traitement régulier par des procédés automatisés à des fins d'identification criminelle. La Cour EDH estime que les empreintes digitales contiennent des informations uniques sur l'individu concerné et que leur conservation sans le consentement de celui-ci ne saurait passer pour une mesure neutre ou banale. Dès lors, la

conservation d'empreintes digitales peut en soi donner lieu à des préoccupations importantes concernant le respect de la vie privée et constitue donc également une atteinte au droit au respect de la vie privée.

Pour ce qui est des conditions et des modalités de mémorisation et d'utilisation desdites informations personnelles, l'article 64 de la loi nationale servant comme fondement juridique en droit interne de la conservation, n'est pas très précis.

La Cour EDH rappelle que, à cet égard, il est essentiel de fixer des règles claires et détaillées régissant la portée et l'application des mesures et imposant un minimum d'exigences. Cependant, compte tenu de son analyse et de ses conclusions sur la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique, la Cour EDH juge qu'il n'y a pas lieu de trancher le point de savoir si le libellé de l'article 64 répond aux exigences quant à la "qualité" de la loi, au sens de l'article 8, paragraphe 2, de la Convention.

La Cour EDH admet que la conservation des données relatives aux empreintes digitales et génétiques vise un but légitime, à savoir la détection et, par voie de conséquence, la prévention des infractions pénales. Elle relève que des empreintes digitales, des profils ADN et des échantillons cellulaires, constituent toutes des données à caractère personnel au sens de la Convention du Conseil de l'Europe de 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (ci-après: la "Convention données"). La législation interne doit ménager des garanties appropriées pour empêcher toute utilisation de données à caractère personnel qui ne serait pas conforme aux garanties prévues à l'article 8 de la Convention. La Cour EDH ajoute que la nécessité de disposer de telles garanties se fait d'autant plus sentir lorsqu'il s'agit de protéger les données à caractère personnel soumises à un traitement automatique, en particulier lorsque ces données sont utilisées à des fins policières.

L'intérêt des personnes concernées et de la collectivité dans son ensemble à voir protéger les données à caractère personnel, et notamment les données relatives aux empreintes digitales et génétiques, peut s'effacer devant l'intérêt

légitime que constitue la prévention des infractions pénales (art. 9 de la Convention données). Cependant, compte tenu du caractère intrinsèquement privé de ces informations, la Cour EDH se doit de procéder à un examen rigoureux de toute mesure prise par un État pour autoriser leur conservation et leur utilisation par les autorités sans le consentement de la personne concernée.

Dès lors, la Cour EDH se penche dans cette affaire sur le point de savoir si la conservation desdites informations personnelles des requérants qui n'avaient pas été condamnés, était nécessaire dans une société démocratique.

La Cour EDH tient compte des principes clés des instruments pertinents du Conseil de l'Europe et du droit et de la pratique en vigueur dans les autres États contractants, d'après lesquels la conservation des données doit être proportionnée au but pour lequel elles ont été recueillies et être limitée dans le temps. Les États contractants appliquent systématiquement ces principes dans le secteur de la police, conformément à la Convention données et aux recommandations ultérieures du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

Pour ce qui concerne plus particulièrement les échantillons cellulaires, la plupart des États contractants n'en autorisent le prélèvement dans le cadre de procédures pénales que sur les individus soupçonnés d'avoir commis des infractions présentant un certain seuil de gravité. Dans la grande majorité des États contractants disposant de bases de données ADN en service, les échantillons et les profils génétiques qui en sont tirés doivent être respectivement détruits ou effacés soit immédiatement soit dans un certain délai après un acquittement ou un non-lieu. Certains États contractants autorisent un nombre restreint d'exceptions à ce principe.

La Cour EDH relève que l'Angleterre, le pays de Galles et l'Irlande du Nord sont les seuls ordres juridiques au sein du Conseil de l'Europe à autoriser la conservation illimitée des empreintes digitales et des échantillons et profils ADN de toute personne, quel que soit son âge, soupçonnée d'avoir commis une infraction emportant inscription dans les fichiers de la police. Elle observe que la

protection offerte par l'article 8 serait affaiblie de manière inacceptable si l'usage des techniques scientifiques modernes dans le système de la justice pénale était autorisé à n'importe quel prix et sans une mise en balance attentive des avantages pouvant résulter d'un large recours à ces techniques, d'une part, et des intérêts essentiels s'attachant à la protection de la vie privée, d'autre part. Tout État qui revendique un rôle de pionnier dans l'évolution de nouvelles technologies porte la responsabilité particulière de trouver le juste équilibre en la matière.

La Cour EDH est frappée par le caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation en vigueur en Angleterre et au pays de Galles. En particulier, les données en cause peuvent être conservées quelles que soient la nature et la gravité des infractions dont la personne était à l'origine soupçonnée et indépendamment de son âge. En outre, la conservation n'est pas limitée dans le temps et, enfin, il n'existe que peu de possibilités pour un individu acquitté d'obtenir l'effacement des données de la base nationale ou la destruction des échantillons.

La Cour EDH estime particulièrement préoccupant le risque de stigmatisation, qui découle du fait que les personnes dans la situation des requérants, qui n'ont été reconnus coupables d'aucune infraction et sont en droit de bénéficier de la présomption d'innocence, sont traitées de la même manière que des condamnés. Certes, la conservation de données privées concernant les requérants n'équivaut pas à l'expression de soupçons. Néanmoins, l'impression qu'ont les intéressés de ne pas être considérés comme innocents se trouve renforcée par le fait que les données les concernant sont conservées indéfiniment tout comme celles relatives à des personnes condamnées, alors que celles concernant des individus n'ayant jamais été soupçonnés d'une infraction doivent être détruites.

La Cour EDH estime en outre que la conservation de données relatives à des personnes non condamnées peut être particulièrement préjudiciable dans le cas de mineurs, tel le premier requérant, en raison de leur situation spéciale et de l'importance que revêt leur développement et leur intégration

dans la société. Elle considère qu'il faut veiller avec un soin particulier à protéger les mineurs de tout préjudice qui pourrait résulter de la conservation par les autorités, après un acquittement, des données privées les concernant.

En conclusion, la Cour EDH estime que le caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation des empreintes digitales, échantillons biologiques et profils ADN des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions mais non condamnées, tel qu'il a été appliqué aux requérants en l'espèce, ne traduit pas un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu, et que l'État défendeur a outrepassé toute marge d'appréciation acceptable en la matière. Dès lors, la conservation en cause s'analyse en une atteinte disproportionnée au droit des requérants au respect de leur vie privée et ne peut passer pour nécessaire dans une société démocratique. La Cour EDH conclut donc à l'unanimité qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 8.

*Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 04.12.08, S. et Marper / Royaume-Uni, [www.echr.coe.int/echr](http://www.echr.coe.int/echr)*

IA/31969-A

[ALP]

-----

***Convention européenne des droits de l'homme - Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois - Principe ne bis in idem - Personne punie, pour la même infraction, dans une procédure administrative et une procédure pénale - Notion de "même infraction" - Nouvelle approche de la Cour EDH - Violation de l'article 6, § 1 de la Convention***

La Cour EDH a rendu le 10 février 2009 un arrêt de Grande Chambre dans l'affaire Sergueï Zolotoukhine c. Russie dans lequel elle conclut, à l'unanimité, à la violation de l'article 4 du Protocole n° 7 (droit à ne pas être jugé ou puni deux fois) de la Convention EDH.

L'affaire porte sur les procédures administrative et pénale dont le requérant, un ressortissant russe, faisait l'objet en 2002 pour des atteintes à l'ordre public. En janvier 2002, le requérant a

été arrêté pour avoir amené son amie dans un quartier militaire sans autorisation. Lors de son interrogation au poste de police, l'intéressé se trouvait en état d'ébriété, était insolent, usait de termes obscènes et avait tenté de fuir. Le tribunal du district compétent l'a reconnu coupable d'"actes perturbateurs mineurs" en vertu de l'article 158 du code des infractions administratives et lui a infligé une peine de trois jours de détention. Par la suite, une procédure pénale a été engagée contre le requérant, sur le fondement de l'article 213 § 2, b) du code pénal, pour actes perturbateurs commis avant l'établissement du rapport de police et, sur le fondement des articles 318 et 319 du code pénal, pour insultes et menaces pendant et après l'établissement du rapport. Le même tribunal de district a reconnu le requérant coupable des seules infractions réprimées par l'article 319 du code pénal.

Invoquant l'article 4 du Protocole n° 7 (droit à ne pas être jugé ou puni deux fois) de la Convention EDH, le requérant alléguait qu'après avoir purgé une peine d'emprisonnement de trois jours pour "actes perturbateurs" à l'issue de la procédure administrative, il avait de nouveau été jugé et détenu pour la même infraction dans le cadre d'une procédure pénale.

Par un arrêt de chambre du 7 juin 2007, la Cour EDH a conclu, à l'unanimité, à la violation de l'article 4 du Protocole n° 7. Le gouvernement russe a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre conformément à l'article 43 de la Convention EDH. En outre, le droit d'intervenir dans la procédure devant la chambre en qualité de tiers intervenants a été accordé à l'Institut de Formation en Droits de l'Homme du Barreau de Paris.

La Cour EDH, après avoir présenté notamment la jurisprudence de la Cour de justice relative au principe *ne bis in idem*, rappelle d'abord que la qualification juridique de la procédure en droit interne ne saurait être le seul critère pertinent pour l'applicabilité dudit principe au regard de l'article 4, § 1 du Protocole n° 7. S'il en était autrement, l'application de cette disposition se trouverait subordonnée à l'appréciation des États contractants, ce qui risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec l'objet et le but de la Convention. Le terme "procédure

pénale" employé dans le texte dudit article 4 doit être interprété à la lumière des principes généraux applicables aux expressions "accusation en matière pénale" et "peine" figurant respectivement à l'article 6 et à l'article 7 de la Convention.

Sur l'existence d'une "accusation en matière pénale" au sens de cette disposition, la Cour EDH confirme l'arrêt de la Chambre et considère que la procédure engagée contre le requérant devant le tribunal du district, bien que qualifiée d'administrative en droit interne, doit s'analyser en une procédure pénale en raison notamment de la nature de l'infraction et de la sévérité de la peine.

Sur la question de l'identité d'infractions, la Cour EDH relève avoir dans le passé suivi des approches différentes consistant à mettre l'accent tantôt sur l'identité des faits, indépendamment de leur qualification juridique, tantôt sur la qualification juridique, en admettant que les mêmes faits peuvent donner lieu à des infractions distinctes, tantôt sur la recherche d'éléments essentiels communs aux deux infractions. Estimant que la diversité de ces approches est source d'une insécurité juridique incompatible avec le droit fondamental garanti par l'article 4 du Protocole n° 7, elle décide de préciser ce qu'il faut entendre par une "même infraction" au sens de la Convention.

Après avoir analysé la portée du droit de ne pas être jugé et puni deux fois tel qu'il est prévu par d'autres instruments internationaux, en particulier le Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté par les Nations Unies, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Convention américaine des droits de l'homme, la Cour EDH indique que l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde infraction pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont "en substance" les mêmes que ceux ayant donné lieu à la première infraction. Cette garantie entre en jeu lorsque de nouvelles poursuites sont engagées et que la décision antérieure d'acquiescement ou de condamnation est déjà passée en force de chose jugée.

En l'espèce, la Cour EDH considère que les faits à l'origine des deux procédures, administrative et pénale, intentées contre le requérant, ne se distinguent que par un élément, la menace de violences à l'encontre d'un officier de police, et doivent par conséquent être considérées comme étant en substance les mêmes.

Sur le point de savoir s'il y a eu répétition des poursuites, la Cour EDH considère, confirmant les conclusions de la Chambre, que la condamnation à trois jours de détention dans le cadre de la procédure "administrative" devait s'analyser comme une décision définitive car elle n'était pas susceptible d'un recours ordinaire en droit interne. Elle souligne par ailleurs que le fait que le requérant avait été relaxé partiellement dans le cadre de la procédure pénale, d'une part, n'enlève rien à son allégation selon laquelle il avait été poursuivi deux fois pour la même infraction et, d'autre part, ne lui retire pas la qualité de victime car la relaxe n'avait pas été prononcée en raison de la violation du droit garanti par l'article 4 du Protocole n° 7 mais uniquement en raison de l'insuffisance des preuves à charge.

La Cour EDH conclut que les poursuites engagées contre le requérant en application de l'article 213, § 2, b) du code pénal concernaient essentiellement la même infraction que celle pour laquelle il avait déjà été condamné en vertu de l'article 158 du code des infractions administratives et que, par conséquent, il a été victime d'une violation de l'article 4 du Protocole n° 7.

*Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 10.02.09, Sergueï Zolotoukhine / Russie,*  
[www.echr.coe.int/echr](http://www.echr.coe.int/echr)

IA/31970-A

[ALP]

-----

***Convention européenne des droits de l'homme  
- Liberté de réunion et d'association -  
Interdiction aux fonctionnaires de fonder des  
syndicats - Annulation d'une convention  
collective - Violation de l'article 11 de la  
Convention***

Appelée à se prononcer sur la légalité de l'absence de reconnaissance, en Turquie, du droit des requérants, des fonctionnaires municipaux, de fonder des syndicats et l'annulation de la convention collective conclue entre leur syndicat et l'administration, la Cour EDH a conclu, à l'unanimité, à la violation de l'article 11 (liberté de réunion et d'association) de la Convention EDH.

Les requérants étaient, à l'époque des faits, respectivement membre et présidente du syndicat *Tüm Bel Sen*. En 1993, ledit syndicat avait conclu avec la commune de Gaziantep une convention collective qui concernait tous les aspects des conditions de travail dans les services de la municipalité, y compris les salaires, les allocations et les services d'action sociale.

Estimant que la commune ne remplissait pas ses obligations, notamment financières, au regard de ladite convention collective, le syndicat saisit les juridictions civiles turques. Le tribunal de grande instance de Gaziantep faisait droit à la demande du syndicat en estimant notamment que si la loi nationale ne comportait pas de dispositions expresses reconnaissant aux syndicats fondés par des fonctionnaires le droit de conclure des conventions collectives, cette lacune devait être comblée à la lumière des traités internationaux, tels que les conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT) déjà ratifiées par la Turquie, qui en vertu de la Constitution avaient force de loi au plan interne. Cependant, la Cour de cassation estimait qu'en l'absence de loi spécifique, les libertés de se syndiquer et de mener des négociations collectives ne pouvaient être exercées. Elle indiquait qu'à l'époque à laquelle le syndicat requérant avait été fondé, la législation turque en vigueur n'autorisait pas les fonctionnaires à fonder des syndicats de sorte que *Tüm Bel Sen* n'avait pas acquis le statut de personne morale lors de sa création et n'était, de ce fait, pas habilitée à agir en justice.

Invoquant devant la Cour EDH les articles 11 (liberté de réunion et d'association) et 14 (interdiction de la discrimination) de la Convention, les requérants soutenaient que les instances turques avaient méconnu leurs droits de fonder des syndicats et de conclure des conventions collectives.

Quant au droit pour les requérants de fonder des syndicats, la Cour EDH considère que les restrictions pouvant être imposées aux membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État cités par l'article 11 de la Convention appellent une interprétation stricte et doivent dès lors se limiter à l'"exercice" des droits en question. Elles ne doivent pas porter atteinte à l'essence même du droit de s'organiser. Il appartient en outre à l'État concerné de démontrer le caractère légitime des restrictions éventuellement apportées au droit syndical de ces personnes. Par ailleurs, les fonctionnaires municipaux, dont les activités ne relèvent pas de l'administration de l'État en tant que tel, ne peuvent en principe être assimilés à des "membres de l'administration de l'État" et voir limiter sur cette base l'exercice de leur droit de s'organiser et de former des syndicats.

La Cour EDH constate que ces considérations trouvent un appui dans la plupart des instruments internationaux pertinents, dont la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que dans la pratique des États européens. Elle conclut que les "membres de l'administration de l'État" ne sauraient être soustraits au champ dudit article. Tout au plus les autorités nationales peuvent-elles leur imposer des "restrictions légitimes" conformes à l'article 11, § 2. En l'espèce, toutefois, le gouvernement turc n'a pas démontré en quoi la nature des fonctions exercées par les requérants appelle à les considérer comme "membres de l'administration de l'État" sujets à de telles restrictions. Ils peuvent donc légitimement invoquer l'article 11.

La Cour EDH estime qu'il n'a pas été démontré que l'interdiction absolue de fonder des syndicats qu'imposait le droit turc correspondait à un besoin social impérieux. À l'époque des faits, des instruments de droit international universels et régionaux reconnaissaient déjà le droit pour les fonctionnaires de fonder des syndicats et de s'y affilier. Leur droit de se syndiquer était également généralement reconnu dans la totalité des États membres du Conseil de l'Europe. Le texte fondamental garantissant, au plan international, le droit pour les agents de la fonction publique de former des syndicats, à savoir la Convention n° 87 de l'OIT, avait déjà force de loi en Turquie en vertu de la

Constitution, et l'État par sa pratique ultérieure (modification de la Constitution et décisions judiciaires) confirmait sa volonté de reconnaître aux fonctionnaires le droit de s'organiser. La Turquie signait par ailleurs en 2000 les deux textes des Nations Unies reconnaissant ce droit.

Or, la Cour EDH observe qu'en dépit de ces développements sur le plan du droit international, les autorités turques n'ont pu, à l'époque des faits, reconnaître aux requérants le droit de fonder un syndicat, et cela principalement pour deux raisons : après la ratification en 1993 de la Convention n° 87 de l'OIT par la Turquie, le législateur turc n'adoptait qu'en 2001 la loi qui régit l'application pratique de ce droit, et durant cette période transitoire, la Cour de cassation refusant de suivre la solution proposée par le tribunal de grande instance de Gaziantep, qui s'inspirait des développements du droit international, procédait à une interprétation restrictive et formaliste du droit national concernant la fondation des personnes morales.

La Cour EDH considère ainsi que l'effet combiné de l'interprétation restrictive de la Cour de cassation et de l'immobilité du législateur entre 1993 et 2001 a empêché le gouvernement turc de remplir son obligation d'assurer aux requérants la jouissance de leurs droits syndicaux et n'était pas nécessaire dans une société démocratique. Partant, il y a eu violation de l'article 11 en raison de la non-reconnaissance aux requérants du droit de fonder des syndicats.

Quant à l'annulation de la convention collective conclue et appliquée depuis deux ans, la Cour EDH souligne que l'évolution de sa jurisprudence quant au contenu du droit syndical consacré par l'article 11 est marquée par deux principes directeurs : d'une part, la Cour EDH prend en considération la totalité des mesures prises par l'État concerné afin d'assurer la liberté syndicale dans la mise en œuvre de sa marge d'appréciation ; d'autre part, la Cour EDH n'accepte pas les restrictions qui affectent les éléments essentiels de la liberté syndicale sans lesquels le contenu de cette liberté serait vidé de sa substance. Ces deux principes ne se contredisent pas, ils sont corrélés. Cette corrélation implique que l'État contractant en cause, tout en étant libre en

principe de décider quelles mesures il entend prendre afin d'assurer le respect de l'article 11, est dans l'obligation d'y inclure les éléments considérés comme essentiels par sa propre jurisprudence.

La Cour EDH précise que les éléments essentiels suivants du droit syndical se dégagent de l'état actuel de la jurisprudence : le droit de former un syndicat et de s'y affilier, l'interdiction des accords de monopole syndical, le droit pour un syndicat de chercher à persuader l'employeur d'écouter ce qu'il a à dire au nom de ses membres. Cette liste n'est pas figée. Au contraire, elle a vocation à évoluer en fonction des développements caractérisant le monde du travail. Ainsi, les limitations apportées aux droits doivent être interprétées restrictivement, d'une manière qui assure une protection concrète et effective des droits de l'homme.

S'agissant du droit de négociation collective, la Cour EDH, revoyant sa jurisprudence, estime, eu égard aux développements du droit du travail tant international que national et de la pratique des États contractants en la matière, que le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du "droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts" énoncé à l'article 11, étant entendu que les États demeurent libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial aux syndicats représentatifs. Comme les autres travailleurs, les fonctionnaires, mis à part des cas très particuliers, doivent en bénéficier, sans préjudice toutefois des effets des "restrictions légitimes" pouvant devoir être imposées aux "membres de l'administration de l'État", dont cependant les requérants ne font pas partie.

La Cour considère que déjà à l'époque des faits le syndicat Tùm Bel Sen disposait du droit de mener des négociations collectives avec l'administration employeur. Ce droit constituait l'un des éléments inhérents au droit de mener des activités syndicales garanti audit syndicat par l'article 11 de la Convention. Les négociations collectives et la convention collective conclue en conséquence, qui a régi pendant deux ans toutes les relations de travail

au sein de la municipalité de Gaziantep à l'exception de certaines dispositions financières, constituaient pour le syndicat des moyens essentiels de promouvoir et d'assurer les intérêts de ses membres. L'absence de la législation nécessaire pour donner vie aux dispositions des conventions internationales de travail déjà ratifiées par la Turquie et l'arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 1995 fondé sur cette absence, qui emporta, de fait, l'annulation rétroactive de la convention collective en question, s'analysent en une ingérence dans l'exercice par les requérants de leur liberté syndicale.

Selon la Cour EDH, à l'époque des faits, plusieurs éléments montraient que le refus aux requérants, fonctionnaires municipaux, du droit de mener des négociations collectives et ainsi de convaincre l'administration de conclure une convention collective, ne correspondait pas à un "besoin social impérieux".

En effet, le droit pour les fonctionnaires de pouvoir en principe mener des négociations collectives était reconnu par des textes et instruments de droit international tant universels que régionaux ainsi que dans la majorité des États membres du Conseil de l'Europe. De plus, la Turquie avait ratifié la Convention n° 98 de l'OIT, le texte principal garantissant, au plan international, le droit pour les travailleurs de mener des négociations collectives et de conclure des conventions collectives, applicable au syndicat des requérants.

La Cour EDH conclut que l'annulation de la convention collective n'était pas "nécessaire dans une société démocratique" et qu'il y a donc eu violation de l'article 11 sur ce point également, tant à l'égard du syndicat des requérants qu'à l'égard des requérants eux-mêmes.

*Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 12.11.08, Demir et Baykara / Turquie,*  
[www.echr.coe.int/echr](http://www.echr.coe.int/echr)

IA/31971-A

[ALP]

-----

***Convention européenne des droits de l'homme - Protection de la propriété - Non déclaration d'une somme d'argent aux autorités douanières au passage de la frontière - Confiscation de l'argent et application d'une amende - Caractère disproportionné de la sanction - Violation de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention***

Le 26 février 2009, la Cour EDH a rendu un arrêt de chambre dans l'affaire Grifhorst / France, dans lequel elle conclut, à l'unanimité, à la violation de l'article 1 du Protocole n° 1 (protection de la propriété) à la Convention EDH en raison du caractère disproportionné de la sanction, cumulant une confiscation et une amende, dont l'intéressé avait fait l'objet pour non déclaration d'une somme d'argent aux autorités douanières de la frontière franco-andorrane au passage de la douane.

En janvier 1996, le requérant, qui est un ressortissant néerlandais résidant en Andorre, était entré en France en provenance d'Andorre, et avait été contrôlé par la douane française. Il avait nié à deux reprises avoir des sommes à déclarer. Les agents l'avaient alors fouillé, ainsi que son véhicule, et découvert 500 000 florins néerlandais dans ses poches, soit 233 056 euros. Ils avaient saisi l'intégralité de la somme. L'intéressé avait déclaré avoir retiré cette somme du Crédit d'Andorre afin d'acheter un immeuble à Amsterdam.

Les autorités néerlandaises avaient ensuite informé la direction nationale du renseignement et des enquêtes douanières (DNRED) que M. Grifhorst était notamment connu des services de police néerlandais pour des faits remontant à 1983 (menaces, extorsion de fonds, enlèvement et détention d'arme à feu). Elles avaient ajouté ultérieurement que la seule activité connue du requérant était en relation avec l'immobilier et qu'il aurait été soupçonné par la police néerlandaise d'utiliser cette façade pour blanchir des capitaux, mais qu'aucun élément concret supplémentaire ne pouvait être apporté.

En octobre 1998, le tribunal correctionnel compétent avait déclaré l'intéressé coupable du délit de non respect de l'obligation déclarative des sommes, titres ou valeurs prévue par l'article 464 du code des douanes et l'avait

condamné à la confiscation de la totalité de la somme et au paiement d'une amende égale à la moitié de la somme non déclarée (225 000 florins néerlandais, soit 116 828 EUR), sur le fondement de l'article 465 du code des douanes. Le jugement avait été confirmé en appel en mars 2001, le requérant ayant invoqué en vain l'erreur de droit au motif que la directive 88/361 supprime toute restriction à la libre circulation des capitaux entre les personnes résidant dans les États membres. La demande de poser une question préjudicielle à la Cour de justice n'avait pas non plus été accueillie. La Cour de cassation avait rejeté le pourvoi formé par le requérant.

Invoquant l'article 1 du Protocole n° 1, le requérant alléguait que la confiscation et l'amende dont il avait fait l'objet étaient disproportionnées par rapport à la nature du fait reproché.

La Cour EDH, après avoir rappelé notamment le droit communautaire en matière de libre circulation des capitaux ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice concernant l'exportation de sommes entre États membres et entre États membres et États tiers et à l'égard de la proportionnalité des sanctions pour des infractions douanières, estime que l'ingérence en cause était prévue par la loi française et poursuivait un but d'intérêt général, à savoir la lutte contre le blanchiment de capitaux provenant du trafic des stupéfiants. Consciente de l'importance que revêt cette lutte pour les États membres, la Cour EDH observe que, depuis quelques années, un nombre croissant d'instruments internationaux et de normes communautaires visent à mettre en place des dispositifs efficaces permettant notamment le contrôle de flux transfrontaliers de capitaux. Le système de déclaration obligatoire au passage de la frontière des espèces transportées et de sanction en cas de non déclaration s'inscrit d'ailleurs dans ce contexte.

Sur le point de savoir si les autorités françaises ont ménagé un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et la protection des droits fondamentaux du requérant, la Cour EDH note, tout d'abord, qu'il ne ressort pas du dossier que l'intéressé avait fait l'objet de poursuites ou de condamnations pour blanchiment de capitaux. Elle fait observer que

le seul comportement délictueux qui puisse être retenu à son encontre consiste dans le fait qu'il n'a pas, en connaissance de cause, déclaré les espèces qu'il transportait. Dans ses conclusions devant le tribunal correctionnel, l'administration des douanes a d'ailleurs reconnu que la somme saisie sur lui était compatible avec sa fortune personnelle.

La Cour EDH souligne, en outre, l'importance de la sanction infligée au requérant, à savoir le cumul de la confiscation de l'intégralité de la somme transportée avec une amende égale à la moitié de ce montant, soit 349 584 EUR au total. Elle observe notamment que, dans les autres États membres du Conseil de l'Europe, la sanction la plus fréquemment prévue est l'amende et que les peines de confiscation ne concernent en général que le reliquat de la somme excédant le montant à déclarer.

Par ailleurs, la Cour EDH note que les autorités françaises ont modifié l'article 465 du code des douanes en 2004, que ce code ne prévoit plus désormais de confiscation automatique et que l'amende a été réduite au quart de la somme sur laquelle porte l'infraction. En outre, elle relève que, dans la plupart des textes internationaux ou communautaires applicables en la matière, il est fait référence au caractère "proportionné" que doivent revêtir les sanctions prévues par les États.

Dès lors, la Cour EDH conclut que la sanction imposée au requérant est disproportionnée, en violation de l'article 1 du Protocole n° 1.

*Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 26.02.09, Grifhorst / France,*  
[www.echr.coe.int/echr](http://www.echr.coe.int/echr)

1A/31972-A

[ALP]

## Cour AELE

*Espace économique européen - Libre prestation des services - Restrictions - Réglementation nationale excluant la couverture des frais pour le traitement médical à l'étranger, considéré expérimental ou traitement-test - Admissibilité - Conditions*

La Cour AELE a été saisie par une juridiction norvégienne de plusieurs questions portant sur l'interprétation des règles relatives à la libre circulation des services dans l'Espace Économique Européen.

S'agissant de la première question portant sur la compatibilité avec les articles 36 et 37 de l'Accord EEE et l'article 22 du règlement n° 1408/71, de la législation nationale norvégienne qui exclut la couverture des frais pour le traitement médical à l'étranger qui, conformément à la médecine internationale, est considéré expérimental ou traitement-test, alors que le droit à un tel traitement n'est pas établi dans le droit intérieur, la Cour AELE a jugé que:

"It may be compatible with Articles 36 and 37 of the EEA Agreement to refuse coverage of expenses for treatment abroad which according to international medicine must be considered experimental or test treatment when there is no entitlement to such treatment in the home State. Firstly, that will be the case if the system for reimbursement of costs for treatment abroad does not place a heavier burden on those who receive treatment abroad than on those who receive treatment in hospitals forming part of the social security system of the home State. Secondly, it will be the case if any such heavier burden only results from necessary and reasonable means being employed to attain aims which may legitimately justify restrictions on the free movement of hospital services.

It is without significance that the method of treatment itself is internationally recognised and documented for other medical indications than those which the patient in question has.

It is without significance for the answer to the first question that the method of treatment (...) [itself] must be considered to be implemented in a home State which only provides it in the form of research projects or, exceptionally, on a case by case basis. Nor does it matter that the home State is considering its implementation in the future."

Elle relève, à cet égard, que:

"EEA law does not detract from the power of the EEA States to organise their social security

systems. In the absence of harmonisation at EEA level, it is for the legislature of each EEA State to determine the conditions on which social security benefits are granted. However, when exercising that power, the EEA States must comply with EEA law, in particular with the provisions on the freedom to provide services. Those provisions prohibit the EEA States from introducing or maintaining unjustified restrictions on the exercise of that freedom in the healthcare sector (...).

Article 36 EEA precludes the application of any national rules which have the effect of making the provision of services between EEA States more difficult than the provision of services purely within an EEA State (...). This applies not only to rules which regulate the right to seek treatment abroad as such, but also to rules on reimbursement from national social security systems of costs for treatment provided abroad (...)." (points 43-44)

"Any system which makes it more difficult to obtain reimbursement from the national social security system of costs for (...) treatment abroad than to obtain the treatment free of charge from domestic hospitals forming part of the national social security system, constitutes a restriction on the free movement of services. However, the Court notes that no restriction follows from the mere fact that guidelines regarding the circumstances under which such treatment may be provided are based on standards of sound professional practice (...).

In order to ensure that the rules and standards mentioned (...) above are indeed applied in a way which does not discriminate against suppliers of medical services established in other EEA States, the rules and standards must be based on objective, non-discriminatory criteria (...). Furthermore, the criteria must be known in advance, in such a way as to circumscribe the exercise of the national authorities' discretion, so that this discretion is not used arbitrarily. Such an administrative scheme must likewise be based on a procedural system which is easily accessible and capable of ensuring that a request for authorisation will be dealt with objectively and impartially within a reasonable time. Further, refusals to grant authorisation must be capable of being

challenged in judicial or quasi-judicial proceedings (...).

(...) guidelines regarding the circumstances under which (...) [experimental and test] treatment may be provided which are based on standards of sound professional practice must be considered sufficient to satisfy the requirement that the criteria for treatment must be known in advance.

(...) [T]he decision must be objective and independent of where the providers of treatment are established (...). For (...) [that] reason, standards of sound professional practice as applied to experimental and test treatment must (...) be based on international medical science.

The ECJ held (...) in *Smits and Peerbooms* [C-157/99] (...) that where a Member State decides that medical or hospital treatment must be sufficiently tried and tested before its costs will be assumed under the national social security system, the authorities called on to make this assessment must take into consideration all the relevant information available, including, in particular, existing scientific literature and studies, the authorised opinions of specialists and the fact that the proposed treatment is covered or not covered by the sickness insurance system of the EEA State in which the treatment is provided. However, (...) the fact that a treatment is covered by the sickness insurance system of the EEA State in which it is provided, or that authorised specialists support that the treatment be provided to the patient, does not in and of itself entail that national authorities are precluded from considering the treatment to be experimental or test treatment according to international medicine." (points 47-51)

"The aim of ensuring sufficient and permanent access to a balanced range of high-quality hospital treatment in the State concerned, and the desire to control costs and prevent wastage of financial, technical and human resources, are aims which may justify restrictions on the free movement of hospital services (...). The objective of maintaining a balanced medical and hospital service open to all is inextricably linked to the way in which the social security system is financed and to the control of expenditure. Thus, the risk of seriously

undermining the financial balance of the social security system may also constitute an overriding general-interest reason capable of justifying a restriction on the free movement of services in so far as it could have consequences for the overall level of public-health protection. Since assuming the costs of one isolated case of treatment, carried out in another EEA State, can never make any significant impact on the financing of the social security system in the home State, an overall approach must be adopted in relation to the consequences of freedom to provide health-related services (...)." (points 55-56)

"These considerations are also relevant with regard to experimental and test treatment when provided as described (...) above, should the national courts come to the conclusion that it is indeed more difficult to obtain reimbursement of costs for such treatment abroad than to obtain the treatment free of charge from domestic hospitals. It may have negative consequences for the achievement of the above-mentioned aims, if the fact that the costs for such treatment in domestic hospitals are borne as part of the social security system would mean that any patient who had not been offered such treatment could then seek out such treatment abroad and get the costs reimbursed. Even if that specific experimental or test treatment was also carried out in the patient's home State, a right for patients, who had not been selected for the experiment or test, to receive the treatment abroad and get reimbursed may lead to a reluctance in providing experimental and test treatment and thus seriously undermine medical research." (point 58)

Ensuite, s'agissant de la compatibilité avec les articles 36 et 37 de l'Accord EEE de la législation nationale norvégienne qui exclut la couverture des frais pour le traitement médical à l'étranger lorsqu'un traitement médical adéquat peut être prescrit au patient dans son État de résidence, la Cour AELE a jugé que:

"It may be compatible with Articles 36 and 37 EEA to refuse coverage of expenses for hospital treatment abroad if the patient in the home State can receive an offer of adequate medical treatment assessed according to accepted international methods within a justifiable time limit.

It is without significance (...) that the patient, having decided to receive treatment abroad rather than an adequate treatment in the home State, does not get coverage for the costs of treatment abroad to the same extent as the adequate treatment offered in the home State would have cost."

En ce qui concerne l'hypothèse d'un traitement étranger qui n'est pas meilleur, la Cour AELE relève que:

"In a situation where the demand for hospital treatment is constantly rising and the supply is necessarily limited by budgetary constraints national authorities are entitled, if they consider it necessary, to institute a system of waiting lists in order to manage the supply of treatment and to set priorities on the basis of the available resources and capacities. If patients could seek treatment abroad, at the expense of the social security system of the home State, in a situation where the treatment is available in the home State within a medically justifiable time limit, and thus simply because the treatment is available more quickly abroad, the resulting patient migration would be liable to put at risk the home State's planning and rationalisation efforts in the healthcare sector so as to avoid the problems of hospital overcapacity, imbalance in the supply of hospital medical care and logistical and financial wastage (...)." (point 78)

"(...) if patients could get reimbursement for treatment abroad which they in any case would have received in their home State within a medically justifiable time limit (...), this would be liable to put at risk the home State's overall planning and rationalisation efforts in the healthcare sector (...). This is so because all planning necessarily must be based on certain assumptions as to the total resources and capacities available, and with regard to the allocation of those resources and capacities within the system as a whole. Even in fields where there is no overcapacity, an unfettered right to get reimbursement for treatment abroad which has been sought simply to get treatment more quickly than necessitated by the medical condition of the patient, would drain resources away from other fields, as there would be a need to allocate funds to pay for more treatments, within a given period, than medically necessary." (point 80)

S'agissant de l'hypothèse d'un traitement étranger meilleur, la Cour AELE observe que:

"(...) EEA law cannot in principle have the effect of requiring an EEA State to extend the range of medical services paid for by its social security system. It follows that, even when striving for a high-quality health system, EEA States may decide that, given the need to prioritise within the overall resources available, certain treatments cannot be offered under the national health system, provided that the exclusion of these treatments complies with the requirements of EEA law (...).

However, where no such limitations apply and a patient, under the social security system of his or her home State, fulfils the criteria for entitlement to treatment, prioritisation of home State treatment (...) cannot be justified unless the home State itself can provide treatment which is the same or equally effective for the patient as the treatment abroad within a medically justifiable time limit (...). Conversely, if the home State offers the same or equally effective treatment, and provides it within a medically justifiable time limit, the home State may justify prioritising its own offer of treatment.

In this regard, it cannot be decisive that the treatment abroad is considered as "possibly" more advanced, i.e. as a treatment that may (or may not) be more effective than the treatment provided by the home State. When it is established according to international medicine that the treatment abroad is indeed more effective, the State may no longer justify prioritising its own offer of treatment." (points 82-84)

Ultérieurement, s'agissant de l'importance de plusieurs circonstances factuelles pour les réponses aux questions précédentes, la Cour AELE a jugé que:

"It is without significance for the answers to (...) [questions above], that  
– the home State (...) does not offer the treatment received abroad;  
– the patient (...) has not been offered the treatment (...) in the home State, because the patient was never assessed for that treatment, even if the treatment is offered there;

- the patient has been assessed in the home State, but has not been given the offer of further surgical treatment because the patient is not considered to get documented benefit from the treatment;
- the treatment given abroad actually resulted in an improvement of the specific patient's state of health.

However, it may be of significance (...) that the patient (...), within a medically justifiable time limit, (...) has not been offered an adequate treatment in the home State. This is so when the home State refuses to cover treatment abroad in a situation where it has not been able, within a medically justifiable time limit, to honour an obligation under its own social security law to provide the treatment to the patient in one of its own hospitals."

*EFTA COURT, Judgement of 19.12.08, in Joined Cases E-11/07 and E-1/08, Olga Rindal (Case E-11/07) and Therese Slinning (Case E-1/08) / The Norwegian State, represented by the Board of Exemptions and Appeals for Treatment Abroad,*  
[www.eftacourt.int](http://www.eftacourt.int)

IA/31629-A

[LSA]

## II. Juridictions nationales

### 1. États membres

#### Allemagne

***Libre circulation des marchandises - Restrictions quantitatives - Mesures d'effet équivalent - Vente transfrontalière de médicaments par correspondance - "Remise de fabricant" limitée aux médicaments soumis à la réglementation allemande sur les prix des médicaments - Exclusion d'une pharmacie établie dans un autre État membre du remboursement de ladite remise - Admissibilité***

La Cour fédérale du contentieux social, le Bundessozialgericht, a décidé qu'une pharmacie établie aux Pays-Bas et vendant des

médicaments par correspondance n'a pas droit au remboursement de "la remise de fabricant de médicaments".

Afin de soulager les caisses de maladie, le législateur allemand a obligé les fabricants de médicaments à accorder une remise sur les prix des médicaments délivrés aux personnes affiliées à la sécurité sociale obligatoire en Allemagne (à la différence des personnes affiliées aux assurances privées). Les producteurs n'accordent pas directement cette remise aux caisses de maladie, mais celle-ci s'opère par l'intermédiaire des pharmacies. Les caisses de maladies opèrent sur les factures que leur adressent les pharmacies ayant délivrés les médicaments aux assurés une réduction correspondant au montant de la remise. Les pharmacies peuvent ensuite demander que les fabricants les remboursent.

En l'espèce, la requérante, une pharmacie établie aux Pays-Bas, a été déboutée de sa demande visant à obtenir le remboursement de la remise auprès d'une filiale allemande d'une entreprise pharmaceutique française.

Le Bundessozialgericht a mis en exergue que l'obligation d'octroyer cette remise ne s'applique qu'aux médicaments soumis à la réglementation allemande sur les prix de médicaments. Or, les médicaments importés et ceux vendus par les pharmacies par correspondance, comme ceux de la requérante, ne tombent pas sous le coup de la réglementation allemande de prix.

En effet, la requérante avait conclu des contrats individuels avec certaines caisses de maladie de la sécurité sociale obligatoire qui prévoyaient un prix de vente plus avantageux que ceux prévus par la réglementation allemande sur les prix, et entre autres une "remise de fabricant". Le Bundessozialgericht souligne que la requérante n'étant pas liée par la réglementation allemande se trouvait dans une position concurrentielle plus favorable par rapport aux pharmacies allemandes. De ce fait, elle ne peut pas se plaindre de ce que sa position, loin de lui procurer uniquement des avantages, l'oppose aussi à des inconvénients.

Selon, le Bundessozialgericht, la limitation de "la remise de fabricant" aux hypothèses purement nationales n'est pas contraire au droit

communautaire, notamment à l'article 28 CE et la requérante n'est pas non plus discriminée par rapport aux pharmacies allemandes.

Au lieu de conclure des contrats individuels avec les caisses de maladie, elle aurait pu adhérer au système général d'approvisionnement en médicaments, plus précisément au contrat-cadre entre les caisses de maladie et les pharmacies. Faisant référence à la jurisprudence de la Cour, notamment à l'arrêt de la Cour du 11 décembre 2003, C-322/01, *DocMorris NV*, Rec. I, p. 14887, le Bundessozialgericht met en exergue que ce système n'est pas susceptible de discriminer les pharmacies établies dans un autre État membre.

Renvoyant encore à la jurisprudence de la Cour de justice, le Bundessozialgericht souligne que la "remise de fabricant" est conforme au droit communautaire, car il n'est pas porté atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale, étant donné qu'ils doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire.

Par ailleurs, le Bundessozialgericht estime que la remise était un "blocage de prix" admis par l'article 4 de la directive 89/105 concernant la transparence des mesures régissant la fixation des prix des médicaments à usage humain et leur inclusion dans le champ d'application des systèmes d'assurance-maladie.

*Bundessozialgericht, arrêt du 28.07.08, B 1 KR 4/08 R,*  
[www.bundessozialgericht.de](http://www.bundessozialgericht.de)

IA/31957-A

[AGT]

- - - - -

***Politique sociale - Égalité de traitement en matière d'emploi et de travail - Directive 2000/78 - Interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle - Prestation de survie octroyée à l'époux survivant dans le cadre d'un régime de prévoyance professionnelle (Betriebsrente) - Exclusion de personnes vivant en partenariat enregistré (eingetragene Lebenspartnerschaft) - Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle - Inadmissibilité***

Concernant le traitement moins favorable des employés vivant en partenariat enregistré (eingetragene Lebenspartnerschaft) par rapport à celui des employés mariés dans le cadre d'un système relatif à la pension de survie complémentaire versée par l'entreprise (Betriebsrente), le Bundesarbeitsgericht (Cour fédérale du travail, ci-après le "BAG") a jugé que l'exclusion des premiers de tout droit à une pension de survie est susceptible de porter atteinte à la législation allemande (loi générale allemande sur l'égalité de traitement - Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, ci-après "AGG") transposant la directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

Le litige au principal trouvait son origine dans la demande du requérant, après le décès de son partenaire de vie avec lequel il avait vécu en partenariat enregistré jusqu'à ce moment-là, visant à obtenir une pension de veuf auprès d'un régime de prévoyance professionnelle auquel était affilié le partenaire décédé. Cette demande a été rejetée au motif que les statuts dudit régime prévoient le bénéfice d'une telle pension uniquement pour des époux et non pour les partenaires de vie survivants. Après le rejet de son action par des juridictions de première et de deuxième instance, le requérant au principal a intenté un pourvoi en "révision" devant le BAG. Selon lui, ledit refus viole le principe de l'égalité de traitement.

Au vu des principes dégagés par la Cour de justice dans le cadre de son arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2008, *Maruko*, C-267/06, non encore publié, le BAG a jugé qu'un partenaire de vie survivant se trouve, en principe, dans une situation comparable à celle d'un époux bénéficiaire de la prestation de survie prévue par le régime de prévoyance professionnelle en cause. À cet égard, la haute juridiction fédérale a précisé que le législateur allemand a instauré, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, une égalité entre le partenariat de vie et le mariage en introduisant, dans le code social, des modifications tendant à assimiler le partenariat enregistré au mariage en ce qui concerne l'octroi de prestations de survie dans le cadre du régime légal d'assurance retraite. D'après le BAG, le fait de ne pas accorder à une personne, après le décès de son partenaire de vie, le bénéfice de prestations de survie dans le

cadre d'un régime de prévoyance professionnelle dans les mêmes conditions qu'à un époux survivant constituerait une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle de ladite personne dans la mesure où ce traitement différé a eu lieu après le 1er janvier 2005. Ainsi, l'existence d'un rapport juridique entre les partenaires concernés après cette date est considérée comme condition préalable pour l'octroi de prestations au partenaire survivant sur la base de la législation relative à l'interdiction des discriminations, précitée. Étant donné que le partenaire de vie du requérant était décédé en 2001, le BAG a toutefois rejeté le recours du requérant dans l'affaire au principal.

*Bundesarbeitsgericht, arrêt du 14.01.09, 3 AZR 20/07,*

[www.juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2009&nr=13208&pos=24&anz=26](http://www.juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2009&nr=13208&pos=24&anz=26)

IA/31956-A

[NGZ]

## Belgique

***Libre prestation de services - Liberté d'établissement - Sécurité sociale - Entreprises d'assurance - Réglementation nationale limitant l'intervention en qualité d'organisme assureur à certains organismes publics nationaux - Admissibilité - Restriction justifiée pour des raisons de santé publique***

Dans un arrêt du 22 octobre 2008, la Cour constitutionnelle belge a décidé que l'entrave à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement qui découle de certaines dispositions de la loi du 26 mars 2007, intégrant les petits risques dans l'assurance obligatoire "soins de santé" pour les travailleurs indépendants, apparaît raisonnablement justifiée pour des raisons de santé publique.

Les dispositions attaquées prévoyaient que seuls certains organismes publics nationaux pouvaient intervenir en qualité d'organismes assureurs en vue de l'intégration des petits risques susmentionnée. Dans son second moyen, la partie requérante, une compagnie

d'assurances privées, a dénoncé une violation des articles 43 et 49 du traité CE. Selon elle, les dispositions attaquées auraient pour conséquence que les compagnies d'assurances établies dans un autre État membre de l'Union européenne seraient dans l'impossibilité de continuer à offrir en Belgique un produit d'assurance couvrant les petits risques pour les travailleurs indépendants, que ce soit par le biais d'une filiale ou par le biais de la prestation de services. Cette limitation des libertés d'établissement et de prestation de services ne pourrait pas se justifier sur la base de la *rule of reason*.

La Cour constitutionnelle a invoqué que selon la jurisprudence de la Cour de justice (arrêt du 28 avril 1998, Kohll, C-158/96, Rec. p. I-1931), dans le domaine de la sécurité sociale, il est permis à un État membre de réserver la couverture d'un risque à un organe public précisé par la loi, si cette pratique trouve une justification dans le droit communautaire. Ainsi, l'activité des assureurs privés établis dans un autre État membre pouvait être entravée. Se référant à l'arrêt de la Cour de justice du 11 septembre 2008 (Commission / Allemagne, C-141/07, non encore publié), la Cour constitutionnelle a ensuite décidé que cette entrave apparaissait comme raisonnablement justifiée eu égard à la nécessité de permettre l'accomplissement effectif, dans des conditions acceptables, de la mission d'intérêt général qui incombe aux organismes visés par la loi. Selon la Cour constitutionnelle, permettre à des entreprises d'assurances privées d'intervenir sur le marché considéré aurait, en effet, pour conséquence de confier une part croissante de "mauvais risques" aux organismes susdits, ce qui pourrait aboutir à l'impossibilité d'accomplir dans des conditions acceptables les missions d'intérêt général qui leur ont été imparties et à mettre en péril leur équilibre financier. Dès lors, les dispositions attaquées s'avéraient nécessaires pour réaliser l'objectif d'assurer un niveau de protection élevé de la santé publique et n'apparaissaient pas aller au-delà d'une telle nécessité. Partant, la Cour constitutionnelle a estimé que les articles 43 et 49 du traité CE n'étaient pas violés.

Cour Constitutionnelle, 22.10.08, arrêt  
n° 139/2008,  
[www.arbitrage.be](http://www.arbitrage.be)

IA-31823-A

[CHEE]

-----

***Libre prestation des services - Activités de radiodiffusion télévisuelle - Directive 89/552 - Organisme de radiodiffusion télévisuelle relevant de la compétence d'un État membre - Interdiction de double juridiction***

Dans un arrêt du 15 janvier 2009, le Conseil d'État a annulé une décision du Collège belge d'autorisation et de contrôle du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CAC) pour cause de violation de la directive 89/552 du 3 octobre 1989 (directive "Télévision sans frontières"). L'article 2 de cette directive détermine les critères en fonction desquels un organisme de radiodiffusion télévisuelle relève de la compétence d'un État membre, notamment dans le cas où l'activité de cet organisme concerne plusieurs États membres. Les critères sont établis de manière telle qu'un seul État membre soit compétent vis-à-vis d'un organisme de radiodiffusion télévisuelle en ce qui concerne la prestation de services faisant l'objet de la directive.

En l'espèce, les programmes RTL-TVi et Club RTL sont diffusés en Belgique et au Luxembourg. Ils avaient fait l'objet en Belgique d'une autorisation accordée à la société TVi jusqu'au 31 décembre 2005. Étant donné qu'après cette date, les programmes étaient toujours diffusés en Belgique, le CAC, par décision du 29 novembre 2006, avait condamné TVi au paiement d'une amende de 500.000,00 EUR. Les mêmes programmes avaient cependant fait l'objet au Luxembourg de plusieurs concessions accordées à la société mère de TVi, la CLT-UFA, dont l'une était valable jusqu'au 31 décembre 2010.

Partant, le Conseil d'État a conclu que la décision du CAC violait le principe de l'interdiction de double juridiction consacrée par la directive Télévision sans frontières, étant donné que les programmes RTL-TVi et Club RTL faisaient au 1er janvier 2006 l'objet d'une concession luxembourgeoise. Le Conseil a

ajouté que, si les programmes sont autorisés par les autorités luxembourgeoises - régulièrement ou non - ils bénéficient du principe de la libre circulation des services au sein de l'Union européenne et aucune autorité d'un autre État membre ne peut subordonner leur diffusion sur son territoire à une autorisation supplémentaire. Ainsi, le Conseil d'État a critiqué le CAC pour avoir cherché à contester la validité, ou à tout le moins l'opposabilité, des concessions accordées par les autorités luxembourgeoises. Enfin, le Conseil d'État a considéré la - longue - discussion sur la question de savoir si la CLT-UFA ou la TVi avait qualité d'éditeur des programmes concernés comme dépourvue de pertinence, dès lors que c'étaient les programmes qu'elles éditaient et non les organismes qui les éditaient qui faisaient l'objet des concessions luxembourgeoises.

Conseil d'État, 15.01.09, arrêt n° 189.503,  
[www.conseildetat.be](http://www.conseildetat.be)

IA-31825-A

[CHEE]

-----

***Coopération judiciaire en matière civile - Compétence judiciaire et exécution des décisions en matière civile et commerciale - Règlement n° 44/2001 - Compétences spéciales - Tribunal du lieu d'exécution de l'obligation contractuelle servant de base à la demande - Contrat de vente de marchandises - Définition du lieu d'exécution sur base de la Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises - Inadmissibilité - Définition autonome***

Dans son arrêt du 5 décembre 2008, la Cour de cassation belge a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Gand parce que celle-ci avait déterminé "le lieu où [...] les marchandises ont été ou auraient dû être livrées" mentionné dans l'article 5.1.b) du règlement n° 44/2001, sur base de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, violant ainsi ledit article 5.1.b).

Le litige concernait un contrat de vente de choses mobilières conclu entre un vendeur, dont le siège social était établi en Belgique, et un acquéreur dont le siège social était établi aux

Pays-Bas. L'article 5.1. a) juncto article 5.1. b) du règlement n° 44/2001 stipule que, pour la vente de marchandises, une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être assignée dans un autre État membre devant le tribunal du "lieu où [...] les marchandises ont été ou auraient dû être livrées". Par la suite, la Cour d'appel de Gand a déterminé ce lieu de livraison sur base de l'article 31 de la Convention de Vienne susmentionnée, lequel stipule que, lorsque le contrat de vente implique un transport de marchandises, l'obligation de livraison du vendeur consiste à remettre les marchandises au premier transporteur. Étant donné que les marchandises avaient été livrées au premier transporteur au siège social belge du vendeur, la Cour d'appel (à l'instar du juge *a quo*) avait ainsi estimé que les cours et tribunaux belges avaient juridiction.

Selon la Cour de cassation, par contre, il ressort du préambule du règlement n° 44/2001 ainsi que de l'arrêt de la Cour de justice C-386/05 du 3 mai 2007, *Color Drack*, Rec. p. I-3699, que le législateur communautaire a opté pour un lieu à déterminer facilement, le lieu où la marchandise est livrée dans les mains de l'acheteur, plutôt que de faire dépendre la détermination du lieu de conventions conclues entre États membres. Par conséquent seuls les cours et tribunaux des Pays-Bas avaient compétence en vertu de l'article 5.1.b) pour juger cette affaire.

En jugeant ainsi, la Cour de cassation a répondu elle-même à la question que la partie demanderesse avait proposé de soumettre à la Cour de justice, à savoir si la notion de "lieu de livraison", telle que reprise dans l'article 5.1.b) du règlement n° 44/2001, devait être déterminée de façon autonome ou selon les règles de droit international privé de chaque État membre.

*Cour de cassation, 05.12.08, arrêt n° C.07.0175N, [www.cass.be](http://www.cass.be)*

IA-31824-A

[CHEE]

## France

***Question préjudicielle - Refus de notification d'une mesure étatique susceptible de constituer une aide d'État - Possibilité de***

***contestation par la voie du recours pour excès de pouvoir devant le juge national - Compétence du juge national pour qualifier ladite mesure au regard de l'article 88 CE***

Par une décision du 7 novembre 2008, le Conseil d'État a considéré que le refus du premier ministre de notifier à la Commission une disposition législative instaurant un mécanisme susceptible de tomber sous la qualification d'aide d'État ne constitue pas ce que la doctrine a coutume de dénommer un "acte de gouvernement", c'est-à-dire un acte émanant d'une autorité exécutive et bénéficiant d'une immunité juridictionnelle absolue. Par conséquent, ce refus peut être contesté devant le juge administratif.

Le Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine contestait devant le Conseil d'État les décisions implicites de rejet de plusieurs demandes adressées au premier ministre et tendant à ce que soit notifiée à la Commission une disposition du code rural autorisant les organisations interprofessionnelles à instituer des cotisations obligatoires visant à financer des mesures en faveur du secteur des vins à appellation d'origine.

Selon le Conseil d'État, "si le juge administratif ne peut connaître d'une contestation dirigée contre la décision de notifier un acte au titre des aides d'État, qui n'est pas détachable de la procédure d'examen par la Commission[,] la décision par laquelle le Premier ministre ou un ministre refuse de notifier un texte au titre de la réglementation communautaire des aides d'État se rattache à l'exercice par le Gouvernement d'un pouvoir qu'il détient seul aux fins d'assurer l'application du droit communautaire et le respect des exigences inhérentes à la hiérarchie des normes [ ; ] une telle décision est, y compris lorsque le texte en cause est de nature législative, susceptible d'être contestée par la voie du recours pour excès de pouvoir [ ; ] il appartient au juge administratif, saisi d'un tel recours, de déterminer si le texte dont la notification est demandée est relatif à une aide d'État dont la Commission doit être informée".

Ainsi, lorsque le gouvernement décide de notifier une aide, le juge national n'est pas compétent pour apprécier l'opportunité de cette

notification, cette appréciation étant étroitement liée à l'appréciation de sa compatibilité, compétence exclusive de la Commission.

Inversement, le refus de notification du gouvernement, même implicite, est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Cela est conforme à la jurisprudence dégagée par la Cour de justice qui a clairement indiqué dans l'arrêt dit "des saumons" du 21 novembre 1991, C-354/90 Rec. p. I-5505, qu'il appartenait aux juridictions nationales de faire respecter l'obligation de notification préalable. Le mécanisme de l'article 88, § 3, CE repose ainsi, comme l'a souligné le commissaire du gouvernement dans ses conclusions, "sur une action coordonnée des autorités nationales et des autorités communautaires ; il résulte clairement de la jurisprudence de la Cour de justice qu'il appartient d'abord aux juridictions nationales de contrôler le respect par les États membres de leurs obligations". Dès lors, qualifier d'"acte de gouvernement" le refus de notifier aurait privé "cette jurisprudence d'une partie de sa portée".

En l'espèce, le requérant considérait qu'aurait dû être notifié le dispositif autorisant l'institution de cotisations par des organisations interprofessionnelles. Selon le Conseil d'État, ce dispositif ne peut être constitutif d'une aide, et n'a donc pas à être notifié. Ce n'est que lorsque les accords interprofessionnels qui définiront les actions et les conditions d'utilisation des cotisations auront été signés, puis étendus par un arrêté du ministre chargé de l'agriculture, qu'il sera possible de se prononcer. Ainsi, selon l'avant-dernier considérant de la décision, "ce sont les arrêtés procédant à l'extension des accords interprofessionnels instituant des cotisations obligatoires que le Gouvernement devrait seuls notifier, dans l'hypothèse où ils institueraient des aides d'État".

*Conseil d'État, assemblée, arrêt du 07.11.08, n° 282920, Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine,*  
[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

QP/06284-A9

[THF]

## Grèce

***Droit de marque - Directive 89/104, article 5, paragraphe 2 et loi nationale de transposition - Marque de renommée - Notion - Effets - Protection renforcée contre l'usage d'une marque postérieure similaire procurant à son titulaire un avantage illégitime puisée à la marque de renommée***

Le 19 mai 2008, l'Areios Pagos (Cour de cassation hellénique) a rendu une décision relative au droit des marques. Une partie de celle-ci a porté sur la notion de contrefaçon et d'imitation risquant d'induire en erreur le consommateur non averti quant à la provenance du produit d'une entreprise déterminée. En cette partie, l'Areios Pagos a conclu à l'absence de risque de confusion entre deux marques de chaussures athlétiques, ADIDAS SALOMON et STRIKE. Pour précision, la première était distinguée par l'apposition de trois bandes de couleur argenté clair sur les côtés de la chaussure et l'indication du nom à l'avant et à l'arrière de celle-ci et la seconde par l'apposition de quatre bandes de couleur argenté foncé sur les côtés de la chaussure et l'indication du nom aux mêmes endroits de celle-ci.

La partie la plus intéressante de la décision porte, toutefois, sur les analyses relatives à la notion et aux effets d'une marque de renommée. En ce qui concerne la notion d'une telle marque, la décision définit la marque de renommée comme celle qui est caractérisée par un degré renforcé de reconnaissance dans les transactions et de force compétitive dans le marché, par une unicité en ce sens qu'elle n'a pas été usée par un large usage portant sur des produits non similaires à ceux couverts par la marque, par une spécificité dans l'aspect général et la force expressive, par l'estime particulière dont elle jouit auprès des consommateurs, par les parts de marché qu'elle détient, par l'étendue des investissements faits pour sa prééminence et, enfin, par la zone géographique dans laquelle la marque bénéficie de sa renommée.

En ce qui concerne les effets de la marque de renommée, la décision commentée précise que celle-ci bénéficie d'une protection renforcée par rapport aux marques ordinaires. Cette protection

consiste en l'interdiction d'utiliser une marque postérieure similaire à la marque de renommée dès lors qu'une telle utilisation serait susceptible de procurer à son titulaire un avantage illégitime puisé non pas à sa propre marque mais à celle de renommée. Ainsi, pour qu'une atteinte soit portée à une marque de renommée, il n'est pas nécessaire que le degré de similitude entre celle-ci et une autre marque soit très élevé. Il suffit à cet égard un degré de similitude moindre que celui exigé entre deux marques ordinaires ou "un certain degré de similarité" entre la marque ordinaire et la marque de renommée, rendant possible une assimilation mentale entre les deux auprès des consommateurs. En ce qui concerne l'avantage illégitime procuré à la marque ordinaire, il est présent lorsque le titulaire de celle-ci transfère aux produits qui en sont protégés la bonne impression dont bénéficient les produits protégés par la marque de renommée en donnant l'impression d'entretenir des liens économiques ou organisationnels avec le titulaire de cette dernière. Quant au caractère distinctif de la marque de renommée, il est atteint même si les produits couverts par la marque ordinaire ne sont pas similaires à ceux protégés par celle de renommée.

Appliquant ces considérations au cas d'espèce, l'Areios Pagos a estimé que même si les différences susmentionnées entre la marque de renommée ADIDAS SALOMON et la marque STRIKE étaient suffisantes pour empêcher un risque de confusion quant à la provenance des deux produits, un risque de confusion mentale des consommateurs quant à la provenance des produits était néanmoins présent. La haute juridiction a poursuivi en constatant que ce risque était susceptible de porter atteinte à la force distinctive de la marque de renommée et à la protection renforcée dont elle jouit. Elle a dès lors cassé, pour erreur de droit et violation de la loi, la décision 373/2006, de l'Efeteio Athinon, (Cour d'appel d'Athènes), qui n'avait pas examiné l'existence d'un tel risque de confusion mentale. L'affaire a été renvoyée devant la même Cour d'appel, statuant sous une composition différente, pour être jugée quant au fond.

*Areios Pagos (Cour de cassation hellénique), 18.05.08, 1030/2008*

IA/31355-A

[RA]

## Hongrie

### *Partenariat enregistré - Contrôle de constitutionnalité - Protection des institutions du mariage et de la famille - Effets juridiques du partenariat enregistré identiques à ceux du mariage - "Duplication" du mariage pour les couples hétérosexuels - Annulation de la loi instituant le partenariat enregistré - Déclaration de conformité du partenariat enregistré avec la Constitution s'agissant des couples homosexuels*

La Cour constitutionnelle, saisie d'une demande de contrôle de la constitutionnalité de la loi n° CLXXXIV de 2007 instituant le partenariat enregistré (promulguée le 29 décembre 2007), a annulé celle-ci quelques jours avant son entrée en vigueur prévue pour le 1er janvier 2009. Cependant, la Cour constitutionnelle a déclaré que l'institution du partenariat enregistré n'est pas inconstitutionnelle en tant que telle dans la mesure où celui-ci vise les couples de même sexe.

Selon l'article 15 de la Constitution "la République de Hongrie protège les institutions du mariage et de la famille". Cette protection implique, selon l'interprétation de la Cour constitutionnelle, l'obligation de l'État d'assurer que le régime juridique du mariage ne soit pas défavorisé (sur le plan économique, social ou culturel) par rapport aux autres formes de vie de couple. De plus, l'État doit faire preuve d'une approche positive et encourageante vis-à-vis des mariages et des familles.

D'après la loi sur le partenariat enregistré, le législateur aurait institué, à côté du mariage et du partenariat non enregistré, un troisième régime juridique pour la vie de couple. La loi aurait conféré aux partenaires enregistrés (tant hétérosexuels que homosexuels) la quasi-totalité des droits liés au mariage. Les quelques différences (relatives par exemple à la possibilité d'adoption et au droit de porter le nom du partenaire) n'étaient pas suffisantes, d'après la Cour constitutionnelle, pour

contredire le constat selon lequel l'institution du partenariat enregistré est substantiellement identique au mariage.

Or, comme les couples hétérosexuels ont le droit de se marier, la création du partenariat enregistré avec le contenu mentionné aurait abouti, à leur égard à une "duplication" de l'institution du mariage. Le mariage aurait ainsi été privé de son statut constitutionnel "privilégié" et aurait été concurrencé par l'institution du partenariat enregistré, conséquence jugée contraire à l'article 15 de la Constitution par la Cour constitutionnelle. En outre, l'insécurité juridique causée par une telle "duplication" n'est pas admissible dans un État de droit, elle est donc contraire à l'article 2, paragraphe 1, de la Constitution. Partant, la Cour constitutionnelle a annulé la loi en raison de son inconstitutionnalité et annoncé que ladite loi n'entrerait pas en vigueur.

En revanche, la situation juridique des couples homosexuels exige une appréciation différente d'après la Cour constitutionnelle. Notamment, selon la jurisprudence hongroise, le mariage peut être conclu, par définition, uniquement entre un homme et une femme. Depuis 1996, un couple homosexuel peut entrer dans un simple partenariat, mais cette union ne peut être enregistrée. La possibilité de conclure un partenariat enregistré signifierait donc une reconnaissance officielle d'une union stable. Selon la Cour constitutionnelle, la revendication, de la part des couples homosexuels, d'une telle reconnaissance est légitime et justifiée par le droit à la dignité humaine, droit reconnu par l'article 54, paragraphe 1, de la Constitution. La Cour a donc jugé que la création du partenariat enregistré n'est pas contraire à la Constitution dans la mesure où cette institution ne vise que les couples homosexuels. Toutefois, dans le cas d'espèce, l'absence inexplicite de différenciation de situations juridiques opposées (celle des couples hétérosexuels et celle des couples homosexuels) a entraîné, selon la Cour constitutionnelle, une violation du principe d'égalité constitutionnelle, reconnu par l'article 70/A de la Constitution.

*Alkotmánybíróság, 15.12.08, n° 154/2008, publiée à Magyar Közlöny 2008/180,*

[www.magyarokozlony.hu/nkonline/MKPDF/hitel/es/mk08180.pdf](http://www.magyarokozlony.hu/nkonline/MKPDF/hitel/es/mk08180.pdf)

IA/31626-A

[KST] [MMOH]

## Italie

### ***Droit d'asile - Statut de réfugié politique ou de protection pour des raisons humanitaires - Charge de la preuve - Application de la directive 2004/83 et de la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'interprétation conforme du droit national***

En matière de reconnaissance du statut de réfugié, la Cour Suprême de cassation italienne à chambres unies, dans son récent arrêt n° 27310 du 17 novembre 2008, a décidé que les principes concernant la charge de la preuve incombant au demandeur doivent être interprétés en suivant les critères fixés par la directive 2004/83 (transposée par le décret législatif n° 251 du 2007), nonobstant le fait que le délai de transposition de celle-ci n'avait pas encore expiré au moment de la décision judiciaire.

Selon la Cour, afin de reconnaître le statut du réfugié, il faut tenir compte d'une part de la crédibilité du demandeur et, d'autre part, de la possibilité concrète pour celui-ci d'apporter la preuve des raisons justifiant sa demande.

Les juges, pour leur part, ont une obligation de coopération dans la vérification des faits et dans la recherche des preuves importantes pour la reconnaissance dudit statut.

Dans le cas d'espèce, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Florence (n° 659/2005), laquelle avait rejeté la demande de reconnaissance du statut de réfugié en raison d'une insuffisance de preuves apportées par le demandeur, et a renvoyé l'affaire devant cette juridiction pour une nouvelle décision sur le fond.

L'importance de l'arrêt en question réside dans le fait que, la Cour de cassation applique la jurisprudence communautaire en matière d'interprétation conforme du droit national.

En effet, se référant à la jurisprudence de la Cour de justice, la Cour italienne met en évidence que la directive 2004/83, une fois entrée en vigueur, doit être appliquée par le juge national, malgré le fait que son délai de transposition dans le droit interne n'ait pas encore expiré.

À ce propos, la Cour cite les arrêts de la Cour de justice sur le principe d'interprétation conforme du droit national du 13 novembre 1990, *Marleasing*, C-106/89, Rec. p. I-4135; du 25 février 1999, *Carbonari e.a.*, C-131/97, Rec. p. I-1659; du 5 octobre 2004, *Pfeiffer*, C-397/01 à C-403/01, Rec. p. I-8835 et du 7 septembre 2006, *Agorastoudis e.a.*, C-187/05 à C-190/05, Rec. p. I-7775.

La Cour de cassation rappelle en particulier la jurisprudence communautaire selon laquelle "l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci ainsi que leur devoir, en vertu de l'article 5 du traité [devenu art.10 CE], de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation s'imposent à toutes les autorités des États membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles. Il s'ensuit qu'en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive, pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 189 [devenu art. 249 CE], troisième alinéa, du traité" (arrêt "*Marleasing*", C-106/89, précité).

*Corte di cassazione*, 17.11.08, n° 27310,  
[www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)

IA/31468-A

[VBAR]

-----

***Libre prestation des services - Réseaux et services de communications électroniques - Activités de radiodiffusion télévisuelle - Attribution de radiofréquences d'émission télévisuelle - Législation nationale ayant mis un opérateur titulaire d'une concession dans***

***l'impossibilité d'émettre à défaut de radiofréquences octroyées sur la base de critères objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés - Droit à réparation***

Le Consiglio de Stato (Conseil d'État) s'est à nouveau prononcé sur la question de l'attribution des radiofréquences d'émission télévisuelle à *Centro Europa 7* en reconnaissant, pour la première fois après dix ans de procédures, le droit à réparation pour le préjudice causé à ladite société par la non attribution des fréquences d'émission, en dépit de la concession dont elle avait été titulaire. Ces arrêts signent, au moins pour le moment, la fin de la longue saga judiciaire relative à *Centro Europa 7*.

Déjà dans une décision du 31 mai 2008, n° 2624, le Conseil d'État avait conclu à l'illégalité du refus de l'administration d'attribuer lesdites fréquences et à son annulation, faisant ainsi suite à l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Centro Europa 7* (arrêt du 31 janvier 2008, C-380/05, Rec. p. I-349).

Suite à cet arrêt, le ministère pour le développement économique a attribué certaines fréquences à la société concessionnaire, par décision du 11 décembre 2008.

Dans un premier arrêt du 20 janvier 2009, n° 242, le Conseil d'État a pris acte de l'exécution de l'arrêt n° 2624/08, par l'adoption de ladite décision du ministère, et a, par la suite, examiné la demande en indemnité de la requérante.

En premier lieu, le Conseil d'État a reconnu que la requérante était fondée à demander la réparation des dommages subis pour les années durant lesquelles elle n'avait pas pu opérer ses transmissions télévisées sur le marché des émissions nationales.

Toutefois, en considération des difficultés matérielles qui avaient empêché l'administration d'effectuer l'attribution litigieuse pendant les premières années de la période durant laquelle le comportement fautif de l'administration s'était produit et en raison de l'absence d'éléments de preuve suffisants pour étayer certains chefs du préjudice allégué, le

Conseil d'État a réduit significativement l'étendue de l'indemnisation demandée par la requérante. Ainsi, il lui a reconnu une indemnisation d'environ un million d'euros tandis que Centro Europa 7 avait demandé deux milliards d'euros en cas d'attribution des fréquences et trois milliards et demi d'euros en cas de non attribution des fréquences.

Dans un second arrêt également du 20 janvier 2009, n° 243, le Conseil a rejeté, en revanche, l'autre recours de la société qui visait à la condamnation de l'administration à l'exécution complète de l'arrêt n° 2624/08, en considérant que la décision du ministère du 11 décembre 2008 avait définitivement exécuté celui-ci. De plus, bien qu'il ne puisse pas se prononcer sur le caractère adéquat de l'attribution des fréquences ainsi effectuée au regard des exigences de transmission au niveau national (question qui pourrait, selon le Conseil, faire l'objet d'un recours autonome), il a condamné le ministère à payer la moitié des dépens supportés par la requérante, en raison du retard avec lequel l'administration avait procédé à ladite attribution.

*Consiglio di Stato, arrêts du 20.01.09, affaires n°s 242 et 243, Centro Europa 7 / Ministero dello sviluppo economico e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*

[www.giustizia amministrativa.it/webcds/ElencoSentence.asp](http://www.giustizia amministrativa.it/webcds/ElencoSentence.asp)

IA-31421-A  
IA-31466-A  
IA-31467-A

[MSU]

## Lituanie

### ***Concurrence - Position dominante - Société privée disposant d'un monopole dans le secteur d'électricité - Absence - Justification par l'intérêt général***

En adhérant à l'Union européenne, la Lituanie s'est engagée à arrêter le fonctionnement de deux blocs de la centrale nucléaire d'Ignalina au plus tard le 31 décembre 2009. Dans le but de conserver une indépendance énergétique nucléaire et ainsi s'assurer de sa sécurité nationale, la Lituanie a adopté en 2007

l'Atominės elektrinės įstatymą (loi sur la centrale nucléaire, ci-après, l'"AEI"), dont l'objectif était la création des prémisses pour la construction d'une nouvelle centrale nucléaire. L'AEI a également prévu de créer un investisseur national - société nationale d'électricité (personne morale privée) - qui aurait participé à la mise en œuvre du projet de construction de la nouvelle centrale nucléaire et qui, par l'intermédiaire de ses filiales, aurait contrôlé la majeure partie du système de l'électricité de Lituanie.

Dans le cadre de l'examen de la constitutionnalité des dispositions de l'AEI, établissant les règles permettant d'atteindre l'objectif précité de cette loi, le Konstitucinis Teismas (Cour Constitutionnelle), saisi par le Seimas (Parlement de la République), a constaté l'inconstitutionnalité desdites dispositions dans la mesure où elles n'assuraient pas la réalisation dudit objectif.

Par contre, la disposition de l'AEI, autorisant l'investisseur national de participer, sur la base de son initiative privée à la mise en œuvre du projet de construction de la centrale nucléaire, ainsi qu'à l'intégration complexe du système d'électricité de Lituanie aux systèmes de transmission de l'électricité des États membres et de leurs marchés intérieurs, a été jugée conforme avec la disposition de la Constitution qui interdit de monopoliser la production et le marché et qui protège la libre concurrence.

Le Konstitucinis Teismas a constaté que les principes et les valeurs constitutionnels, inter alia le principe que l'État règle l'activité économique de sorte qu'elle serve le bien commun du peuple et le principe que la loi interdit de monopoliser la production et le marché et qui protège la libre concurrence, ne peuvent pas être opposés. Le Konstitucinis Teismas a souligné qu'afin d'assurer le bien-être du peuple et vu le caractère spécifique du secteur d'électricité (les ressources limitées), la réglementation différenciée de ce secteur est justifiée.

Le Konstitucinis Teismas a jugé que la disposition constitutionnelle qui dispose que "la loi interdit de monopoliser la production et le marché" signifie l'interdiction de créer un monopole, c'est-à-dire d'accorder à une entité

des droits exceptionnels d'agir dans un secteur donné, suite à quoi ce secteur deviendrait monopolistique. Toutefois, cette interdiction ne signifie pas celle de constater, vu certaines circonstances, le monopole dans un secteur concret et de réglementer ce monopole (par exemple, limitation de fixer des prix discriminatoires, régulation nationale des prix et des tarifs du marché monopolistique, établissement des obligations de la qualité des marchandises, contrôle du respect des règles établies par la loi), tout en protégeant les droits et les intérêts légitimes d'autres entités du marché ainsi que ceux des consommateurs.

Le Konstitucinis Teismas a constaté que l'AEI a permis de concentrer, au sein d'une nouvelle société d'électricité (investisseur national), la gestion des sociétés d'électricité. Toutefois aucune base juridique n'a été créée pour réduire ou augmenter le nombre des sociétés qui s'occupaient ou qui pourraient s'occuper de la transmission et de la distribution de l'électricité, ainsi que pour réduire ou augmenter la partie du marché qui appartient ou qui pourraient appartenir auxdites sociétés. Ceci étant, l'AEI n'a pas créé de nouveau monopole dans le secteur de l'électricité.

Le Konstitucinis Teismas a également jugé que la protection efficace des droits et des intérêts légitimes des consommateurs oblige le législateur à établir des règles qui permettraient à chaque consommateur de recevoir de l'électricité dans des conditions non discriminatoires, et qui permettraient de fournir l'électricité d'une manière sûre à tous les consommateurs. La fixation des limites des prix est un des moyens de protection des intérêts des consommateurs. Ce moyen est également applicable dans le domaine de la protection des droits et des intérêts légitimes des consommateurs d'électricité. Le législateur est obligé d'établir des critères pour la fixation des limites des prix. Ces critères ainsi que la méthodologie de leur fixation doivent être clairs, transparents et motivés pour éviter toute possibilité d'en abuser lors de fixation des prix d'électricité et de violer les droits et les intérêts légitimes des consommateurs.

*Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas, arrêt du 02.03.09, n° 28/08, [www.lrkt.lt](http://www.lrkt.lt)*

IA/31628-A

[LSA] [VNEK]

## **Pays-Bas**

### ***Concurrence - Accords entre entreprises - Caractère d'ordre public - Application d'office par les juridictions nationales***

Dans un arrêt du 16 janvier 2009, le Hoge Raad (Cour Suprême) s'est prononcé sur la question de savoir si une restriction de la concurrence due à un accord entre entreprises est une question d'ordre public devant être soulevée d'office par les juridictions.

L'affaire concernait un accord conclu entre la commune de Heerlen et une croissanterie. Les deux parties étaient convenues que, dans deux bâtiments de la rue commerçante de Heerlen, cette croissanterie aurait le monopole de la vente de sandwichs. Après avoir constaté que son monopole n'était pas respecté, la croissanterie a exigé le respect de l'accord.

Le Hoge Raad a jugé dans cette affaire que la disposition néerlandaise équivalente à l'article 81 CE (art. 6 de la loi sur la concurrence) n'était pas d'ordre public et, partant, ne devait pas être appliquée d'office par les juridictions néerlandaises.

Dans ses conclusions, l'avocat général (ci-après l' "AG") a expliqué que, selon le droit néerlandais, le juge est lié par les faits tels que présentés par les parties, sauf s'il s'agit d'appliquer une disposition d'ordre public.

Ensuite, l'AG a fait valoir que l'article 81 CE et l'article 6 de la loi sur la concurrence, s'ils sont similaires, n'ont néanmoins pas la même nature juridique. Selon l'AG, l'article 6 de la loi sur la concurrence ne remplit pas la même fonction pour le marché néerlandais que l'article 81 CE pour le marché commun : la législation communautaire sur la concurrence est indissociable de la réalisation et de la préservation du marché intérieur et constitue ainsi un complément indispensable des libertés garanties par le traité CE, qui visent à combattre

les restrictions aux échanges commerciaux entre États membres. La nécessité de soutenir l'intégration du marché sur laquelle la Cour de Justice a fondé sa jurisprudence relative à l'article 81 CE est étrangère à l'ordre juridique national.

Enfin, l'AG a analysé la jurisprudence de la Cour de justice (arrêt de la Cour du 14 décembre 1995, van Schijndel et van Veen, C-430/93 et C-431/93, Rec. p. I-4705 ; arrêt de la Cour du 1er juin 1999, Eco Swiss, C-126/97, Rec. p. I-3055 ; arrêt de la Cour du 13 juillet 2006, Manfredi e.a., C-295/04 à C-298/04, Rec. p. I-6619 ; arrêt de la Cour du 7 juin 2007, van der Weerd e.a., C-222/05 à C-225/05, Rec. p. I-4233) pour conclure que l'article 81 CE, en ce qui concerne l'examen d'office des faits, n'est pas d'ordre public. L'AG a, certes, rappelé que la Cour de Justice a jugé, dans les affaires jointes Manfredi, que l'article 81 CE constitue une disposition d'ordre public qui doit être appliquée d'office par les juridictions nationales. Pourtant, selon l'AG, ce jugement peut être considéré comme un "slip of the pen" et ne présente pas, étant donné que la Cour de justice se réfère à son arrêt dans l'affaire Eco Swiss/Benetton, suffisamment d'éléments permettant de conclure que l'article 81 CE est d'ordre public et doit être appliqué d'office par les juridictions nationales.

Selon l'AG, une obligation d'appliquer d'office l'article 81 CE peut seulement découler du principe d'équivalence. Partant, la question de savoir si l'article 81 CE est d'ordre public et doit être appliqué d'office par les juridictions nationales dépend de l'obligation des juridictions nationales d'appliquer d'office la disposition nationale qui est équivalente à l'article 81 CE.

*Hoge Raad, 16.01.09, Gemeente Heerlen/Whizz Croissanterie,*  
[www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), LJN BG3582

IA/31829-A

[SJN]

-----

***Environnement - Conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages - Directive 92/43 - Protection des espèces - Dérogations - Interprétation stricte***

La loi néerlandaise sur la faune et la flore interdit toute forme de capture ou de mise à mort intentionnelle des espèces animales protégées, ainsi que la perturbation intentionnelle de ces espèces. Néanmoins, le ministre peut octroyer des dérogations en ce qui concerne les espèces inscrites à l'annexe IV de la directive 92/43 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages (ci-après la "directive") s'il n'existe pas d'autre solution satisfaisante aux fins d'autres intérêts spécifiques. Parmi ces autres intérêts, qui sont inscrits dans le décret sur les espèces animales et végétales protégées (exemption) (ci-après le "décret"), figure le déploiement d'activités dans le cadre d'un aménagement des espaces.

Dans un arrêt du 21 janvier 2009, le Raad van State (Conseil d'État) a jugé que la disposition néerlandaise du décret, qui prévoit qu'une dérogation peut être octroyée pour des activités dans le cadre d'un aménagement des espaces, est contraire à la directive.

Sur la base de cette disposition du décret, le ministre avait octroyé une dérogation afin de réaliser un projet immobilier dans la région Edam-Volendam. La dérogation avait été demandée du fait que le crapaud calamite, inscrit à l'annexe IV de la directive, était présent dans la région.

Le tribunal de Haarlem a annulé la décision du ministre, étant donné que, selon lui, une dérogation fondée sur l'intérêt du "développement des espaces" n'était pas compatible avec la directive.

En instance d'appel, le Raad van State a confirmé la décision du tribunal. Le Raad van State a jugé que l'article 16 de la directive régit de manière exhaustive les bases sur lesquelles une dérogation peut être octroyée et que l'intérêt de développement des espaces tel que repris dans le décret néerlandais ne figure pas parmi les dérogations de la directive. Par conséquent, la disposition néerlandaise est contraire à la directive. Le Raad van State a fait référence à la jurisprudence de la Cour de justice dans l'affaire C-508/04 (arrêt du 10 mai 2007, Commission/Autriche, Rec. p. I-3787) pour corroborer sa conclusion.

*Raad van State, 21.01.09, Stichting Ook vogels hebben bouwdrift/minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), LJN BH0446*

IA/31830-A

[SJN]

## République tchèque

### ***Traité de Lisbonne - Contrôle de constitutionnalité avant la ratification - Conformité des dispositions attaquées avec l'ordre constitutionnel tchèque***

Par son arrêt du 26 novembre 2008, l'Ústavní soud (Cour constitutionnelle) s'est prononcé favorablement sur la conformité de certaines dispositions du traité de Lisbonne à l'ordre constitutionnel tchèque.

En l'espèce, l'Ústavní soud a été saisi par le Sénat, seconde chambre du Parlement exerçant le pouvoir législatif en République tchèque, qui soutenait - appuyé par le président de la République Václav Klaus - que le traité de Lisbonne et, plus particulièrement, ses dispositions attaquées apportent des modifications essentielles aux éléments substantiels de l'État et de la caractéristique constitutionnelle de la République tchèque en tant qu'État de droit souverain, unique et démocratique, les principes fondamentaux de l'État de droit démocratique dont une modification est exclue par la Constitution étant même touchés.

D'emblée, en rappelant sa propre jurisprudence concernant les rapports entre le droit tchèque et le droit communautaire (voir *Reflets* n° 2/2006, IA/28220-A, *Reflets* n° 1/2007, IA/28215-A) et en se référant aux arrêts "Solange II" et "Maastricht" du Bundesverfassungsgericht, l'Ústavní soud a accepté, en général, les règles de fonctionnement du cadre institutionnel de l'UE en ce qui concerne le contrôle de l'exercice des compétences transférées. Ayant cependant admis que cette conclusion pourrait subir une modification à l'avenir dans l'hypothèse où il s'avérerait que ledit cadre ne fonctionne manifestement pas, la Cour constitutionnelle suppose que cela ne serait le cas qu'à titre complètement exceptionnel comme en cas

d'abandon de l'identité des valeurs ou d'abus des compétences transférées.

Premièrement, l'Ústavní soud a été appelé à se prononcer sur la question de savoir si les dispositions de l'article 2, paragraphe 1, et de l'article 4, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'UE prévoyant les catégories de compétences de l'Union européenne ne portent pas atteinte à la souveraineté de l'État. À cet égard, l'Ústavní soud a souligné que chaque État souverain peut s'autolimiter dans ses compétences au profit d'un sujet de droit international et que "la compétence de la compétence" appartient toujours aux États membres. La catégorie des compétences exclusives existant déjà, l'Ústavní soud a relevé que l'exercice des compétences partagées est régi par les principes de proportionnalité et subsidiarité. En mentionnant de nouveau son acceptation du cadre institutionnel de l'UE ainsi que la jurisprudence du Bundesverfassungsgericht, la Cour constitutionnelle conclut que le traité de Lisbonne élargit le cadre actuel dans lequel l'institution dominante était la Cour de justice par l'intégration des parlements nationaux dans le contrôle du respect du partage des compétences entre l'Union et les États membres.

Deuxièmement, l'Ústavní soud a examiné l'article 352 du traité sur le fonctionnement de l'UE. Certes, le transfert de "la compétence de la compétence" constitutionnelle vers une organisation internationale serait inacceptable selon l'Ústavní soud. Mais, en l'occurrence, le traité de Lisbonne n'accorde pas à l'UE le pouvoir de créer des nouvelles compétences. En effet, la possibilité d'adopter les mesures selon ladite disposition est limitée par les objectifs consacrés par l'article 3 UE. À cela s'ajoutent les conditions strictes et précises devant être remplies en vertu dudit article 352 ainsi que le rôle de la Cour de justice interprétant la clause de flexibilité d'une manière restrictive. De surcroît, cet article fait une référence explicite au principe de subsidiarité, les parlements nationaux veillant à ce que ce principe soit respecté.

Troisièmement, s'agissant de l'article 48, paragraphes 6 et 7, du traité sur l'UE prévoyant les procédures de révision simplifiées, l'Ústavní

soud a constaté que le Conseil européen statue à l'unanimité afin d'adopter une décision modifiant tout ou partie des dispositions de la troisième partie du traité sur le fonctionnement de l'UE. À l'égard de la "clause passerelle", le passage au vote à la majorité qualifiée n'étend pas les compétences de l'UE mais concerne uniquement les modalités de vote. Par ailleurs, les décisions adoptées conformément auxdites dispositions font l'objet du contrôle judiciaire exercé par la Cour de justice. Ainsi, elles n'ont pas le caractère d'une modification des traités, au contraire, les traités disposent d'une force juridique supérieure. Quant à l'article 83, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'UE, portant sur les règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontalière, l'Ústavní soud a souligné la décision à l'unanimité à cet égard ainsi que les autres mécanismes prévus dont disposent les membres du Conseil pour s'opposer aux directives en la matière.

Quatrièmement, à l'égard de l'article 216 du traité sur le fonctionnement de l'UE visant les accords internationaux conclus par l'Union européenne avec les États tiers ou organisations internationales, l'Ústavní soud a observé que la disposition en cause n'est pas une norme de compétence et qu'elle ne modifie pas essentiellement la situation déjà existante. Néanmoins, l'Ústavní soud a critiqué le libellé vague de ladite disposition étant à la limite de la conformité avec les exigences de précision d'une norme juridique et, en conséquence, à la limite de la conformité avec l'ordre constitutionnel.

Cinquièmement, l'Ústavní soud a souligné que la Charte des droits fondamentaux ne met pas en cause le standard national de protection des droits fondamentaux, son contenu étant pleinement comparable à celui de la Charte des droits et libertés fondamentaux tchèque. Après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, les relations entre la Cour de justice et les cours constitutionnelles des États membres n'auront pas un caractère hiérarchisé, l'Ústavní soud s'attendant à un dialogue entre des partenaires équivalents qui se respectent et se complètent dans leurs activités mais ne font pas concurrence l'un à l'autre. En outre, l'intégration

prévue de la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre institutionnel de la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales de l'UE renforcera la conformité des systèmes en question, les institutions européennes, y compris la Cour de justice, étant soumises au contrôle de la Cour EDH.

Sixièmement, l'Ústavní soud a relevé que les valeurs de l'Union européenne consacrées par l'article 2 du traité sur l'UE sont conformes aux principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel tchèque. S'agissant de l'article 7 du traité sur l'UE, l'Ústavní soud a observé que la souveraineté de l'État ne doit pas être regardée de façon isolée mais comme un moyen pour servir ces valeurs fondamentales. Tant que la République tchèque respectera son propre ordre constitutionnel, la suspension du droit de vote ne sera pas une menace. L'Ústavní soud a également soulevé les arguments de la compatibilité et complémentarité des systèmes nationaux et communautaire dans le domaine le plus important concernant la substance du droit et de la justice.

Enfin, l'Ústavní soud arrive à la conclusion que le traité de Lisbonne ne modifie aucunement le système fondamental actuel de l'intégration européenne, l'Union européenne restant une organisation *sui generis* même après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

Il convient d'indiquer que l'Ústavní soud a limité son contrôle de constitutionnalité aux dispositions du traité de Lisbonne dont la conformité avec l'ordre constitutionnel avait été explicitement contestée et soutenue par les arguments de la partie requérante. Il s'ensuit qu'un nouveau recours relatif au même traité n'est pas exclu, l'*exceptio rei iudicatae* par rapport aux dispositions en cause devant être interprété de manière stricte. Par conséquent, cette décision comporte le risque que, à l'égard des traités internationaux politiquement délicats, la procédure de ratification sera excessivement retardée (voir Malenovský, J., Kulečnik namísto štafetového běhu v ratifikačních řízeních o integračních smlouvách v ČR, in: Právní rozhledy 4/2009, p. 115-124).

Reste à noter qu'aucun juge de la session plénière (comptant en l'espèce, à titre exceptionnel, les quinze juges tous ensemble)

n'a formulé une opinion dissidente à la décision rendue dans cette première affaire portant sur la conformité d'un traité international avec l'ordre constitutionnel avant sa ratification.

*Ústavní soud, arrêt du 26.11.08, Pl. ÚS 19/08, publié sur l'url suivante: [www.nalus.usoud.cz](http://www.nalus.usoud.cz), version anglaise disponible sur l'url suivante: [www.angl.concourt.cz/angl\\_verze/doc/pl-19-08.php](http://www.angl.concourt.cz/angl_verze/doc/pl-19-08.php)*

IA/31356-A

[PES] [MSPE]

-----

***Questions préjudicielles - Saisine de la Cour - Question d'interprétation de la directive 2001/83 soulevée dans une procédure portant sur l'interprétation de la législation nationale sur les médicaments - Violation de l'obligation de renvoi - Violation du droit au juge légal***

Dans l'arrêt du 8 janvier 2009, l'Ústavní soud (Cour constitutionnelle) a donné suite à un recours constitutionnel, en cassant l'arrêt de la Cour administrative suprême du fait que cette dernière n'a pas effectué un renvoi préjudiciel à la Cour de justice même si la haute juridiction administrative a statué en tant que juridiction de dernière instance.

En l'espèce, une firme innovatrice, le requérant, a sollicité le statut de partie intéressée dans la procédure d'enregistrement des médicaments pour pouvoir intenter un recours contre l'enregistrement d'un médicament essentiellement similaire à son médicament autorisé. La loi sur les médicaments n'accordant ce statut qu'au seul demandeur d'enregistrement, la partie requérante a soutenu l'incompatibilité de ladite législation nationale avec la directive 2001/83 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain.

En premier lieu, l'Ústavní soud a rappelé la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'article 234 CE ainsi que sa propre jurisprudence concernant les rapports entre le droit tchèque et le droit communautaire (voir *Reflets* n° 2/2006, IA/28220-A et *Reflets* n° 2/2007, IA/29411-A). À cet égard, la Cour constitutionnelle a constaté que le droit communautaire ne fait pas partie de l'ordre

constitutionnel tchèque, l'Ústavní soud n'est dès lors pas compétent pour interpréter ce droit. Toutefois, si le renvoi préjudiciel est régi par le droit communautaire, le fait de ne pas saisir la Cour de justice en contradiction avec le droit communautaire peut avoir pour conséquence une violation du droit au juge légal garanti au niveau constitutionnel par l'article 38, paragraphe 1, de la Charte des droits et libertés fondamentaux tchèque.

Selon l'Ústavní soud, il s'agit d'une violation du droit au juge légal dans l'hypothèse où une juridiction tchèque statuant en dernier ressort décide de façon arbitraire de ne pas saisir la Cour de justice, c'est-à-dire en violation des principes de l'État de droit. En mentionnant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande en la matière, l'Ústavní soud a estimé que c'est le cas, d'une part, lorsque la juridiction de dernière instance appliquant le droit communautaire omet complètement de se poser la question s'il faut saisir la Cour de justice et, d'autre part, lorsque la décision de ne pas poser une question préjudicielle n'est pas motivée en bonne et due forme, y compris l'analyse des exceptions à l'obligation de renvoyer une question préjudicielle telles que développées par la Cour de justice.

En second lieu, l'Ústavní soud a appliqué lesdites conclusions au cas d'espèce, en relevant que la Cour administrative suprême a commis une erreur lors de l'interprétation du droit communautaire, car elle n'a pas examiné la jurisprudence de la Cour de justice. Alors que l'objet du litige était fortement lié à l'interprétation du droit communautaire, la haute juridiction administrative n'a même pas vérifié s'il existe une jurisprudence de la Cour de justice en la matière, la décision ne mentionnant pas les exceptions à l'obligation de saisir la Cour de justice. Par conséquent, la décision de la Cour administrative suprême ne peut pas être considérée comme motivée en bonne et due forme.

De surcroît, l'insuffisance de la motivation découle du fait que la haute juridiction administrative a seulement repris quelques objectifs prévus par les considérants de la directive sans entreprendre une véritable interprétation. Compte tenu de l'argument du requérant portant sur l'interprétation divergente

du même problème par la jurisprudence suédoise, la Cour administrative suprême aurait dû se familiariser avec la jurisprudence de la Cour de justice en la matière et renvoyer une question préjudicielle à celle-ci en cas d'absence d'une réponse claire. En effet, admettons que la jurisprudence en République tchèque conduite à un résultat différent qu'en Suède, l'uniformité de l'interprétation d'une norme communautaire serait mise en péril.

Dans ce contexte, l'Ústavní soud a reproché aux juridictions tchèques d'effectuer un renvoi préjudiciel uniquement à titre exceptionnel. Suivant les statistiques incluses dans le rapport annuel de la Cour de justice de 2007, l'Ústavní soud a constaté que la Cour suprême et la Cour administrative suprême n'ont encore jamais saisi la Cour de justice alors qu'ils ne disposent pas d'expériences suffisantes avec le droit communautaire ce qui devrait, au contraire, mener à un nombre élevé de renvois préjudiciels. L'Ústavní soud a critiqué également l'approche du tribunal de première instance qui avait cité une disposition de la directive pertinente en reprenant un libellé des allégations d'une partie au procès complètement faux.

*Ústavní soud, arrêt du 08.01.09, II. ÚS 1009/08,*  
[www.nalus.usoud.cz](http://www.nalus.usoud.cz)

IA/31357-A

[PES]

## Royaume-Uni

### ***Droit constitutionnel - Législation coloniale - Ordonnances interdisant le retour des anciens habitants de l'archipel des Chagos - Légalité - Violation des droits fondamentaux - Absence***

Par un arrêt du 22 octobre 2008, la House of Lords a, par trois voix contre deux, confirmé la légalité de deux ordonnances ministérielles interdisant aux anciens habitants d'une possession de la Couronne britannique, expulsés pendant les années soixante afin de faire du territoire une base militaire, de revenir sur leur terre.

La genèse de l'affaire remonte à un accord anglo-américain conclu en 1961 pour louer Diego Garcia, un atoll situé au sud-est de l'archipel des Chagos, une possession britannique dans l'océan Indien, aux États-Unis pour y créer une base d'opérations. Afin d'assurer la sécurité de la base, le Royaume-Uni a décidé d'expulser vers l'île Maurice et les Seychelles, l'ensemble des habitants des Chagos, une communauté d'environ 2.000 personnes.

En 1965, le Royaume-Uni a regroupé Chagos, ainsi que plusieurs autres îles et archipels, dans le "territoire britannique de l'océan Indien" ("BIOT"), une entité administrée par un commissaire détenant le pouvoir de légiférer pour "la paix, l'ordre et la bonne gouvernance du territoire". Celui-ci a, en avril 1971, édicté une ordonnance subordonnant l'accès au territoire à la condition d'obtenir une autorisation spéciale. Dans les années suivantes, le gouvernement britannique a versé une indemnisation aux Chagossiens déplacés.

En 1998, la High Court a accueilli le recours formé à l'encontre de la mesure de 1971 par un groupe de Chagossiens. Selon la juridiction anglaise, l'ordonnance était illégale parce qu'elle ne contribuait pas à la bonne gouvernance du territoire. À la suite de cette décision, le gouvernement du Royaume-Uni a accepté de modifier l'ordonnance pour supprimer les conditions d'accès pour les sujets du BIOT, et de lancer un rapport de faisabilité sur la possibilité de repeupler l'archipel. Publiée en 2002, l'étude conclut qu'il serait difficile sinon impossible de repeupler le territoire, notamment en raison des effets potentiels du réchauffement de la planète.

Sur la base de cette conclusion et au vu des dangers de débarquements non autorisés sur l'archipel, le gouvernement a décidé de ne pas soutenir le repeuplement sur l'île et de restreindre à nouveau l'accès. Deux décrets en conseil ("orders in council"), adoptés dans l'exercice de la prérogative royale, ont ainsi été arrêtés afin d'empêcher tout retour. La communauté chagossienne a saisi à nouveau la justice anglaise d'une action pour faire constater l'illégalité de ces mesures, et s'est vue donner raison par la High Court, puis la Court of

Appeal qui, en 2007, a constaté l'existence d'un abus de pouvoir.

Interjetant appel devant la House of Lords, le gouvernement britannique a remis en question la compétence des juridictions du Royaume-Uni pour connaître d'une action portant sur la légalité d'une mesure adoptée en vertu de l'exercice de la prérogative royale. Pour leur part, les Chagossiens ont fait valoir que le droit de résidence est un droit sacré et fondamental qui ne peut être retiré en aucune circonstance, et que les deux décrets en conseil ne contribuaient pas à la bonne gouvernance du BIOT.

Concluant au rejet des propositions des deux parties, la juridiction suprême a jugé que la Couronne a pleinement le droit de légiférer pour une colonie dans l'intérêt du Royaume-Uni et que, s'agissant du BIOT, il n'est pas question de limiter ce droit aux mesures assurant la paix, l'ordre et la bonne gouvernance du territoire. D'ailleurs, si la justice peut contrôler la légalité des mesures adoptées en vertu de la prérogative royale, il ressortait des faits de l'espèce que les décrets en cause ne portent pas atteinte à aucun principe fondamental garantissant le droit de résidence des Chagossiens. Un tel droit n'est en effet qu'une création de la loi - modifiable selon la procédure ordinaire législative - et n'a aucune valeur constitutionnelle. En outre, le droit de résidence des Chagossiens est, d'après l'avis de la cour, purement symbolique, dans la mesure où le repeuplement de l'archipel a été jugé infaisable.

*House of Lords, arrêt du 22.10.08, R. (on the application of Bancoult) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2008] 3 WLR 955, [www.bailii.org](http://www.bailii.org).*

IA/31832-A

[PE] [AMRE]

-----

***Traité d'adhésion des dix États membres ayant rejoint l'Union européenne en 2004 - Mesures transitoires - Suspension des articles 1er à 6 du règlement n° 1612/68 à l'égard des ressortissants des nouveaux États membres - Règle nationale subordonnant le droit aux prestations de sécurité sociale à condition d'avoir travaillé au Royaume-Uni pendant une***

***période ininterrompue de 12 mois - Non violation de l'article 39 CE et du règlement n° 1612/68***

Dans une décision du 12 novembre 2008, la House of Lords a constaté la compatibilité avec le droit communautaire d'une règle nationale subordonnant le droit aux prestations de sécurité sociale des ressortissants des États membres ayant adhéré à l'Union européenne en 2004 à la condition d'une période de travail ininterrompue au Royaume-Uni de douze mois, dûment enregistrée avec les autorités britanniques.

L'acte relatif aux conditions d'adhésion des dix États membres adhérant à l'Union européenne en 2004, conclu et signé à Athènes le 16 avril 2003, a instauré un système de périodes transitoires avant que les ressortissants des nouveaux États membres puissent totalement bénéficier de la libre circulation des personnes. Ainsi, les dispositions des articles 1er à 6 du règlement n° 1612/68 est suspendue, pendant ces mêmes périodes transitoires, au profit de l'application des mesures nationales et des mesures résultant d'accords bilatéraux qui réglementent l'accès au marché du travail. Par contre, l'article 7 dudit règlement concernant l'égalité de traitement est laissé en vigueur.

En application de cette dérogation, le Royaume-Uni a adopté les "Accession (Immigration and Worker Registration) Regulations 2004" pour mettre en place un système d'enregistrement applicable aux ressortissants de huit pays - la République tchèque, l'Estonie, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, la Pologne, la Slovaquie et la Slovénie (les "A8"). Ceux-ci sont tenus de s'enregistrer auprès du ministère de l'Intérieur dans un délai d'un mois suivant le début de leur activité professionnelle au Royaume-Uni. À l'issue d'une période continue de 12 mois, les travailleurs ne sont plus tenus d'être enregistrés. Par contre, si cette période d'emploi est interrompue, le travailleur doit reprendre un nouvel emploi dans un délai de 30 jours et se réenregistrer pour que ladite période soit considérée comme continue. Un ressortissant "A8" arrivant au Royaume-Uni pour y exercer un emploi ne peut obtenir de droit de résidence que s'il travaille et est dûment enregistré. Ce droit de résidence ouvre droit au versement de prestations de sécurité sociale.

Après avoir obtenu un emploi en Irlande du Nord en juillet 2004, la requérante polonaise s'y est enregistrée et y a travaillé jusqu'à janvier 2005. Elle a alors changé d'emploi sans s'enregistrer à nouveau, et a travaillé pour plusieurs employeurs jusqu'à juillet 2005, date d'anniversaire de son arrivée au pays. Par la suite, elle a sollicité le bénéfice d'allocations de sécurité sociale, mais s'est vue refuser au motif qu'elle ne s'était pas enregistrée pour les périodes de travail postérieures à janvier 2005 et, par voie de conséquence, a perdu son droit de résidence au Royaume-Uni.

La requérante a contesté la décision de refus, en soutenant que la réglementation nationale était contraire à l'article 7, § 2, du règlement n° 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs, cette disposition garantissant que le travailleur ressortissant d'un État membre bénéficie des mêmes avantages sociaux et fiscaux qu'un travailleur national. En effet, elle considérait que, afin de donner effet à cet article, elle devrait être considérée comme résidente au Royaume-Uni. Elle a aussi fait valoir que la procédure portait atteinte au principe de proportionnalité, en ce que la conséquence de non enregistrement est la perte du droit de résidence.

Son recours étant rejeté par la Court of Appeal de l'Irlande du Nord, la requérante a saisi la House of Lords. Rejetant le pourvoi, la juridiction suprême a relevé que les droits conférés par l'article 7 du règlement n° 1612/68 dépendent du respect par les travailleurs de la réglementation nationale, laquelle doit être compatible avec l'acte d'adhésion ainsi que le principe de proportionnalité. Pour Lord Hope, la légitimité de l'exercice par le Royaume-Uni du droit de dérogation prévu par l'acte d'adhésion ne paraît pas en doute, pas plus que la proportionnalité de l'obligation des ressortissants A8 de s'enregistrer avant de travailler. En revanche, ce qui est contestable, c'était la proportionnalité de l'obligation de se réenregistrer dans les premiers 12 mois en cas de changement d'employeur et les conséquences du non-respect.

Pourtant, au vu de l'objectif sous-jacent de la mesure nationale, à savoir la protection du système national de sécurité sociale contre ceux qui viennent au Royaume-Uni non pour

travailler, mais pour percevoir des prestations sociales, Lord Hope a estimé que les conditions auxquelles l'accès au marché de travail est accordé aux ressortissants A8 sont essentielles à la réalisation de cet objectif, et partant, conformes au principe de proportionnalité.

*House of Lords, arrêt du 12.11.08, Zalewska v. Department for Social Development [2008] 1 WLR 2602,*  
[www.bailii.org](http://www.bailii.org).

1A/31244-B

[PE] [AMRE]

-----

***Coopération policière et judiciaire en matière pénale - Décision-cadre 2002/584/JAI relative au mandat d'arrêt européen - Exécution - Personne recherchée déjà condamnée à une peine de prison, mais désignée dans le mandat d'arrêt comme faisant encore l'objet de poursuites pour la même infraction - Admissibilité au regard du droit national de l'État membre d'émission***

Le 30 juillet 2008, la House of Lords a affirmé la validité d'un mandat d'arrêt européen émis en vue de l'exercice de poursuites pénales, alors que la personne recherchée a déjà fait l'objet d'un jugement de condamnation dans l'État membre d'émission du mandat. Dans sa décision, la juridiction suprême a tenu compte de la valeur juridique du jugement de condamnation selon la loi de l'État membre d'émission.

La personne recherchée, un fugitif italien, a été condamnée par contumace, en 2005, à une peine de prison de onze ans par une juridiction italienne de première instance, le Tribunale di Napoli. Il s'était délibérément abstenu de comparaître à l'audience, mais était représenté par son avocat. Il a interjeté appel de cette décision devant la Corte d'Appello di Napoli, appel qui était encore pendant au moment de l'émission d'un mandat d'arrêt à son encontre en octobre 2006. Le mandat précisait que l'intéressé était recherché aux fins de l'exercice de poursuites pénales, et non en vue de l'exécution d'une peine.

Après avoir été arrêtée au Royaume-Uni, la personne recherchée s'est opposée à sa remise aux autorités italiennes en invoquant la non-validité du mandat d'arrêt. Il a en effet soutenu que le mandat n'était conforme ni à la décision-cadre 2002/584/JAI, ni à la loi nationale de transposition, en ce qu'il avait été incorrectement désigné dans le mandat d'arrêt comme une personne faisant l'objet de poursuites pénales, alors qu'une peine lui avait déjà été infligée. Cette argumentation était contestée par les autorités italiennes qui ont fait valoir que ce n'est pas possible, en droit italien, d'opérer une distinction claire entre ceux qui font l'objet de poursuites et ceux qui ont été condamnés, comme cela existe en droit pénal anglais. En effet, en vertu du droit italien, le jugement rendu en première instance ainsi que la peine infligée ne sont susceptibles de passer en force de chose jugée ou d'être exécutoires qu'après la conclusion de la procédure d'appel.

Donnant raison aux autorités italiennes, la House of Lords a souligné que la décision-cadre ainsi que la loi nationale de transposition ont été conçues avec le but de mettre en place une forme de coopération judiciaire entre des États dotés de régimes de procédure pénale différents. Dès lors, ni la décision-cadre ni la loi de transposition ne doivent être interprétées en supposant que les procédures pénales dans d'autres États membres soient identiques à celle du Royaume-Uni.

En Italie, ainsi que les autorités l'ont fait valoir, un procès au pénal est un processus continu qui, dans le cas de la personne recherchée, n'était, toutefois, pas encore définitivement clos. Cela étant, il convenait de considérer l'intéressé comme faisant l'objet de poursuites pénales aux fins de l'application de la décision-cadre.

*House of Lords, arrêt du 30.07.08, Caldarelli v. Judge for Preliminary Investigations of the Court of Naples, Italy [2008] 1 WLR 1724, [www.bailii.org](http://www.bailii.org).*

IA/31246-A

[PE]

## 2. Pays tiers

### États-Unis

#### ***Constitution - Droits fondamentaux - Droit de saisir les juridictions fédérales d'un mandat d'habeas corpus - Champ d'application territorial - Application aux détenus du camp de Guantánamo et aux citoyens américains incarcérés en Irak - Inclusion***

Par deux arrêts rendus le 12 juin 2008, la Supreme Court of the United States s'est prononcée sur l'application extraterritoriale de la Constitution des États-Unis, en reconnaissant le droit de l'habeas corpus aux détenus de la prison militaire de Guantánamo, ainsi qu'aux citoyens américains détenus par la Force multinationale en Irak. Ces décisions font suite aux arrêts de la juridiction suprême dans les affaires Rasul / Bush (voir *Reflets* n° 2/2003, p. 14) et Hamdi c/ Rumsfeld (voir *Reflets* n° 2/2004, p. 24)

En 2006, le Congrès américain a adopté le "Military Commissions Act" ("MCA") pour soustraire du champ d'habeas corpus les actions intentées par les étrangers considérés comme "ennemis combattants", cette disposition s'appliquant à toute affaire pendante ou en cours, sans exception, intentée par un étranger en détention depuis le 11 septembre 2001. Parmi les affaires visées par cette interdiction était celle introduite par MM. Boumediene et Al Odah, des ressortissants étrangers détenus à Guantánamo. Ceux-ci ont contesté, par voie d'habeas corpus, la légalité de leur incarcération devant la Court of Appeals for the District of Columbia, laquelle a décliné compétence, estimant que la baie de Guantánamo se trouve hors de la juridiction des États-Unis.

Appelée à se prononcer sur l'appel, la Supreme Court a déclaré, par cinq voix contre quatre, que les requérants jouissent de la garantie constitutionnelle d'habeas corpus, et que leur désignation comme "ennemis combattants" ne saurait suffire, à elles seules, de les priver de leurs droits procéduraux. Le retrait du droit d'habeas corpus viole en outre la "clause de suspension" inscrite dans la Constitution américaine selon laquelle l'habeas corpus ne

peut être suspendu qu'en cas de rébellion ou d'invasion, ou encore, lorsque la sécurité publique l'exige.

La cour a rejeté, à cet égard, les prétentions du gouvernement des États-Unis qui a soutenu que la clause de suspension ne s'applique pas en raison de l'absence de souveraineté américaine exercée sur la baie de Guantánamo. Les États-Unis exercent en effet un pouvoir souverain *de facto* sur le territoire litigieux.

Dans la deuxième décision rendue le 12 juin 2008, la Supreme Court a jugé que le droit d'habeas corpus s'étend aux citoyens américains détenus à l'étranger par des forces américaines disposant d'une chaîne de commandement américaine. De même que les détenus dans l'affaire Boumediene, les requérants, deux citoyens américains détenus par la force multinationale dans une prison américaine en Irak, ont attaqué la légalité de leur détention par le biais d'habeas corpus.

Rappelant qu'un mandat d'habeas corpus peut être émis par toute personne dans la garde ou sous l'autorité des États-Unis, la Supreme Court a précisé qu'un demandeur détenu par les États-Unis sous l'autorité d'une force internationale peut également bénéficier du droit d'habeas corpus. Il est sans incidence, à cet égard, que la force internationale n'est pas soumise aux règles d'habeas corpus, telles qu'elles s'appliquent aux entités américaines.

La Supreme Court a par contre constaté que les juridictions fédérales ne peuvent pas faire usage de la procédure d'habeas corpus pour faire obstacle au transfert à un État étranger, par le gouvernement des États-Unis, de personnes suspectées d'avoir perpétré des actes criminels sur le territoire de cet État. Or, il y a lieu de reconnaître à un État souverain étranger le droit de poursuivre les auteurs d'infractions commises sur le territoire national.

*Supreme Court of the United States, arrêts du 12.06.08, Boumediene v. Bush, President of the United States; Munaf v. Geren, Secretary of the Army, 553 U.S. (2008),*

[www.supremecourtus.gov/opinions/sliplists/s553pt2.html](http://www.supremecourtus.gov/opinions/sliplists/s553pt2.html).

IA/31833-A  
IA/31834-A

[PE] [AMRE]

## B. Pratique des organisations internationales

[Aucune information n'a été retenue pour cette rubrique]

## C. Législations nationales

### Belgique

***Arrêté royal du 8 octobre 2008 modifiant le code des sociétés conformément à la directive 2006/68 modifiant la directive 77/91 en ce qui concerne la constitution d'une société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital***

Adopté le 8 octobre 2008 en vue de transposer en droit belge les dispositions de la directive 2006/68, l'arrêté royal modifiant le code des sociétés est entré en vigueur le 1er janvier 2009 et introduit quelques modifications importantes relatives, entre autres, (i) au contrôle des apports en nature et des quasi-apports, (ii) au régime d'acquisition d'actions propres de la société et (iii) aux règles sur l'assistance financière. Cette réforme supprime certaines rigidités du système belge ainsi que plusieurs formalités non essentielles liées à la modification du capital, et introduit une plus grande souplesse, bienvenue dans la pratique du droit belge des sociétés. Vu le caractère technique des deux premières modifications précitées, on se permettra de renvoyer le lecteur intéressé au texte de l'arrêté royal pour de plus amples détails.

Quant à la troisième modification, relative à l'autorisation de l'assistance financière, il s'agit probablement de la modification la plus spectaculaire apportée par le nouvel arrêté royal au code des sociétés : alors qu'il était, en principe, interdit aux sociétés à responsabilité limitée d'accorder des avances de fonds, des prêts ou des sûretés en vue de l'acquisition de

leurs titres par un tiers, le nouvel arrêté royal autorise désormais le recours à l'assistance financière, moyennant le respect de diverses conditions, notamment une décision préalable de l'assemblée générale et la rédaction d'un rapport par le conseil d'administration.

On notera que, pour conserver ses effets, cet arrêté royal devra être confirmé au plus tard le 31 juillet 2009.

*Arrêté royal modifiant le code des sociétés, 08.10.08, M.B., 30.10.08, p.57480*  
[www.ejustice.just.fgov.be](http://www.ejustice.just.fgov.be)

[CREM]

- - - - -

### ***Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises***

La loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire a été remplacée par la nouvelle loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises. En préparation depuis 2006, l'adoption de cette loi intervient au cœur de la crise financière pour mettre de nouveaux outils à la disposition des entreprises en difficultés, de leurs créanciers et du tribunal de commerce, et instaurer des règles plus souples, à l'instar du "Chapter XI" aux États-Unis. Dès que la continuité d'une entreprise (personne morale ou physique) est menacée, à bref délai ou à terme, et lorsque l'activité de cette entreprise est néanmoins susceptible d'être maintenue, une procédure de réorganisation judiciaire peut être ouverte. Grâce à cette procédure, le débiteur peut se voir octroyer un sursis pour lui permettre de conclure un accord amiable avec un ou plusieurs de ses créanciers, de trouver un accord collectif avec tous les créanciers, sous supervision judiciaire (le 'concordat' sous l'ancienne loi), ou pour permettre le transfert de tout ou partie de son entreprise. Tant que le tribunal n'a pas statué sur la requête en réorganisation judiciaire, le débiteur ne peut être déclaré en faillite et les voies d'exécution sont suspendues, tandis que ce même débiteur reste, en principe, seul maître de la gestion de son entreprise.

La nouvelle loi contient plusieurs articles relatifs aux mesures protectrices des droits des travailleurs en cas de transfert de l'entreprise et

les conditions dans lesquelles les contrats de travail pourraient, le cas échéant, être modifiés. Ces dispositions font l'objet de critiques, car elles ne respecteraient pas les droits des travailleurs garantis par la directive 2001/23, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements (ci-après la "directive"). En effet, si la nouvelle loi stipule, à l'instar de la directive, que les droits et obligations qui résultent pour le cédant des contrats de travail existant au moment du transfert de l'entreprise sont, en principe, transférés au cessionnaire du fait de ce transfert (art. 61, § 1er de la loi), cependant, cette loi prévoit plusieurs exceptions audit principe (art. 61, § 2 de la loi), qui ne seraient pas compatibles avec le libellé de la directive :

- le cessionnaire peut choisir les travailleurs qu'il souhaite reprendre, ce choix devant être dicté par des raisons techniques, économiques ou organisationnelles, et opéré sans différenciation interdite, en particulier, sur la base d'une activité de représentant du personnel. De plus, lorsque le transfert de l'entreprise est réalisé à la requête d'un tiers ou du ministère public, les dettes existant à la date du transfert et découlant des contrats de travail existant à cette date ne sont pas transférées au cessionnaire, à condition que le paiement de ces dettes soit garanti légalement par le Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises (dans les limites légales applicables à son intervention). Or, la directive imposerait au cessionnaire de reprendre tous les contrats de travail, sans distinction;

- le cédant doit informer par écrit le candidat cessionnaire de toutes les obligations se rapportant aux travailleurs concernés par le transfert et le cessionnaire ne peut être tenu à des obligations autres que celles communiquées par écrit ; or, selon la directive, si les États membres prévoient un mécanisme de notification au cessionnaire, par le cédant, des droits et obligations qui lui seront transférés, le fait que le cédant omette de notifier l'un ou l'autre de ces droits ou obligations n'a pas d'incidence sur le transfert de ce droit ou de cette obligation ;

- alors que, selon la directive, le cessionnaire maintient, après le transfert, les conditions de

travail convenues par une convention collective dans la même mesure que celle-ci les a prévues pour le cédant, au moins pendant une certaine période, la loi belge permet une négociation collective immédiate (impliquant les parties au transfert et toutes les organisations représentées au sein de la délégation syndicale) des nouvelles conditions de travail "pour préserver l'emploi" voire une négociation entre le cessionnaire et les travailleurs pour modifier le contrat de travail individuel pour des raisons de nature "technique, économique ou organisationnelle" (pour autant que ces modifications n'imposent pas d'obligations plus lourdes au cessionnaire que celles qui découlent des négociations collectives).

*Loi relative à la continuité des entreprises, 31.01.09, M.B., p. 08436*  
[www.ejustice.just.fgov.be](http://www.ejustice.just.fgov.be)

[CREM]

## France

### ***Ordonnance relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme***

L'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme (JORF du 31 janvier 2009) transpose la directive homonyme 2005/60 (3ème directive anti-blanchiment), ainsi que la directive 2006/70 "portant mesures de mise en œuvre de la directive 2005/60 qui concerne la définition des "personnes politiquement exposées" et les conditions techniques de l'application d'obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle, ainsi que de l'exemption au motif d'une activité financière exercée à titre occasionnel ou à une échelle très limitée".

Cette ordonnance, qui modifie notamment de nombreuses dispositions du code monétaire et financier (ci-après "CMF"), comprend tout d'abord des mesures visant à prévenir le blanchiment d'argent, telles que, par exemple, la généralisation de l'interdiction des paiements en espèces au-delà d'un certain montant (art. L. 112-6-1 nouveau du CMF).

S'agissant ensuite des obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, l'ordonnance établit, d'une part, la liste des personnes soumises à une obligation de déclaration au procureur de la République et, d'autre part, celle des personnes qui sont assujetties aux obligations de lutte contre le blanchiment des capitaux. Ces dernières, qui incluent des personnes relevant de professions financières et non financières et au sein desquelles figurent désormais les sociétés de domiciliation, ont une obligation de vigilance à l'égard de leur clientèle (art. L561-5 à L561-14-2 du CMF) et des obligations de déclaration (art. L561-15 à L-561-22 du CMF). L'ordonnance étend le champ de la déclaration de soupçon aux "sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur des sommes dont [les personnes assujetties] savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme" (art. L561-15, I du CMF), incluant ainsi notamment la fraude fiscale, passible d'une peine de prison maximale de cinq ans (cf. Notté, G., JCPE n° 6, 5.2.09, act. 61). Les personnes assujetties doivent s'abstenir d'effectuer l'opération envisagée jusqu'à ce qu'elles aient procédé à la déclaration de soupçon et ne peuvent réaliser ladite opération qu'en respectant certaines conditions, tenant notamment à l'absence d'opposition du service compétent (art. L561-16 et L561-25 du CMF). Par ailleurs, l'ordonnance prévoit plusieurs dispositions relatives à la "cellule de renseignement financier nationale", aux autorités de contrôle, aux sanctions administratives, ainsi qu'à la création et au fonctionnement d'une "commission nationale des sanctions" (art. L561-23 à L561-44 du CMF). L'ordonnance prévoit également une série d'obligations concernant le gel des avoirs (art. L562-1 à L562-11 du CMF).

Certains auteurs s'interrogent sur la compatibilité de l'article L561-3, II du CMF tel qu'il résulte de l'ordonnance avec la solution retenue par la Cour de justice dans l'arrêt du 26 juin 2007 (Ordre des barreaux francophones et germanophone, C-305/05, Rec. p. I-5305), cette disposition ayant pour effet d'exclure les avocats, dans le cadre de leurs fonctions juridictionnelles, non seulement des obligations

de déclaration, mais aussi des obligations de vigilance (art. L561-5 à L561-14-2 du CMF précités. L'article L561-3, II vise en effet l'intégralité du chapitre I. Cf. notamment Cutajar, C., JCP Ed G n° 7, 11.2.09, act. 70).

*Ordonnance n° 2009-104 du 30.01.09, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchissement de capitaux et de financement du terrorisme JORF n° 0026 du 31.01.09, p. 1819, texte n° 24*

[VGP]

-----

***Décret du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions***

Le commissaire du gouvernement auprès des formations contentieuses des juridictions administratives a, pour mettre fin à certaines ambiguïtés sémantiques, été renommé "rapporteur public".

Cette dénomination est apparue "la plus simple et la plus juste pour exprimer l'essence de ce magistrat particulier qui appartient à la juridiction, à l'instar des autres rapporteurs, mais qui, exposant son point de vue publiquement, ne saurait participer au délibéré" (Conseil d'État, "Réforme de la justice administrative", communiqué du 8 janvier 2009).

Le rôle fondamental de ce magistrat particulier est inchangé: après la clôture de l'instruction, le rapporteur public expose en audience publique, "en toute indépendance, son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent" (art. L7 du code de justice administrative; v. également CE, 29 juillet 1998, Mme Esclatine, n° 179635, Lebon p. 320).

Sa place dans le procès n'en est pas moins réaménagée: la pratique courante, selon laquelle les parties peuvent avoir connaissance du sens de ses conclusions avant l'audience afin de mieux se préparer n'était pas codifiée jusqu'alors; elle fait dorénavant l'objet de dispositions réglementaires au sein du code de justice administrative.

Sans affecter substantiellement le déroulement de l'audience, le décret permet aux parties ou à leurs mandataires de "présenter de brèves observations orales après le prononcé des conclusions du rapporteur public" (le décret conserve par ailleurs la possibilité, pour les parties à l'instance, d'adresser au président de la formation de jugement une note en délibéré postérieurement au prononcé des conclusions, v. décret n° 2005-1586 du 19 décembre 2005).

Selon le Conseil d'État, ceci permet "aux parties d'attirer immédiatement l'attention de la formation de jugement, sans attendre une éventuelle note en délibéré, sur une question de fait ou de droit que les conclusions du rapporteur public auraient éclairé différemment qu'elles ne l'avaient anticipé" (communiqué du 8 janvier 2009, précité).

Enfin, "à titre expérimental, et jusqu'au 31 décembre 2011, dans les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel désignés par le vice-président du Conseil d'État, sur proposition des chefs des juridictions concernées, ou dans certaines des formations de jugement de ces juridictions désignées dans les mêmes conditions", le décret du 7 janvier 2009 permet aux parties de présenter, soit en personne, soit par le biais de leur avocat, des observations orales à l'appui de leurs conclusions écrites, non plus avant que le rapporteur public se soit prononcé, mais après. Un rapport faisant le bilan de cette expérimentation sera établi avant le 30 septembre 2011.

Ce décret est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2009, à l'exception de certaines dispositions qui s'appliqueront pour les audiences se tenant à partir du 1<sup>er</sup> mai 2009.

*Décret n° 2009-14 du 07.01.09, relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions, JORF n° 0006 du 08.01.09, p. 479, texte n° 8,*  
[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

[HYC]

## Italie

### ***Décret-loi n° 4 du 5 février 2009 prévoyant des mesures urgentes en matière de production de lait et d'étalement du paiement des amendes dues à l'excès de production dans le secteur du lait et des produits laitiers***

Le 30 janvier 2009, a été adopté par le Conseil des ministres du gouvernement italien le décret-loi n° 4, contenant des mesures urgentes en matière de production de lait.

Ledit décret a prévu une forme d'étalement du paiement des amendes dues à l'excès de production, à un rythme mensuel et surtout une augmentation des quotas laitiers à répartir gratuitement parmi un certain nombre d'entreprises encore actives sur le marché de production et de vente du lait.

Une telle disposition est le résultat de l'accord signé à Bruxelles le 20 novembre 2008 lors de la réunion du Conseil des ministres de l'agriculture de l'Union Européenne.

À cette occasion, le Conseil a approuvé une augmentation des quotas laitiers d'environ 600.000 tonnes en faveur de l'Italie.

Le décret a, par conséquent, fixé le système de répartition de cette quantité, parmi les producteurs de lait effectivement opérant sur le marché italien et n'étant pas titulaires de quotas suffisants pour couvrir leur production.

Selon le décret, il est interdit de vendre les quotas laitiers attribués et surtout, cette attribution aux entreprises est subordonnée au paiement par ces dernières des amendes cumulées dans le temps, celles-ci n'ayant pas payé le montant du au titre de prélèvement sur le lait.

Le décret a également prévu que les bénéficiaires desdites mesures payent des intérêts qui peuvent dépasser les 6%. Une partie des intérêts encaissés est destinée au soutien du secteur agricole en général et laitier en particulier.

En cas de non versement d'une seule mensualité, le décret prévoit le retrait des nouveaux quotas reçus, du bénéfice du

paiement par mensualité, ainsi que l'imposition d'une augmentation de la taxe sur le lait vendu en excès de 150%.

Le but des mesures en question est celui de payer l'amende accumulée jusqu'aujourd'hui d'environ € 1.671.000 et de réglementer le marché de production de lait.

Le décret a prévu, enfin, conformément au règlement communautaire n° 885/2006 la mise à jour d'un registre national des dettes, tenu auprès de l'AGEA ("Agenzia per le erogazioni in agricoltura"). Ce registre doit indiquer les producteurs tenus de payer à l'administration italienne les dettes liées aux violations des dispositions communautaires concernant le secteur agricole.

Lors de la discussion devant le Sénat de la loi de conversion du décret en question, certains amendements ont été approuvés à la majorité. Un des principaux concerne la possibilité de désistement par les autorités de l'État des procédures judiciaires en cours pour récupération des dettes.

La loi de conversion du décret est actuellement devant la Chambre des députés pour la deuxième lecture en vue de l'adoption du texte définitif.

*Décret-loi du 05.02.09, n° 4,*  
[www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)

[VBAR]

## **Territoires britanniques**

### **Ile de Sercq - Iles Falkland**

#### ***Réformes constitutionnelles entamées à l'île de Sercq et aux îles Falkland***

Des réformes démocratiques ont été entamées aux îles Falkland et à l'île de Sercq afin de les mettre en conformité avec la Convention EDH (ci-après, "la Convention"). Ces deux territoires britanniques ont suivi, à cet égard, l'exemple de Gibraltar qui a adopté une nouvelle constitution allant dans ce sens en 2006 (voir *Reflets* n° 2/2007, p. 27).

L'île de Sercq, une des îles anglo-normandes les plus petites et une dépendance de la Couronne britannique, était le dernier état féodal d'Europe, dirigé par un seigneur, un sénéchal et un parlement essentiellement non élu et composé de propriétaires terriens, les "Chief Pleas", qui édictaient leurs lois aux 600 habitants.

Par referendum tenu en avril 2006, les électeurs de Sercq ont voté en faveur d'un changement permettant la mise en place d'un parlement élu au suffrage universel direct. Cette réforme a été entérinée, le 9 avril 2008, dans une modification de la Constitution de Sercq, donnant le jour à un nouveau type d'assemblée de vingt-huit "conseillers" élus lors des premières élections législatives de l'histoire de l'île en décembre 2008.

Les réformes constitutionnelles étaient cependant contestées devant la justice par les frères Barclays, deux milliardaires britanniques possédant environ 20% des 5km<sup>2</sup> de Sercq et la totalité de l'île voisine de Brecqhou. Partisans d'une modernisation des structures de l'île, les frères avaient présenté neuf candidats aux élections, dont seuls deux ont été élus. Les Barclays comptaient notamment abolir les pouvoirs héréditaires du seigneur, et étaient mécontents de l'"insuffisance" des réformes. Le recours visait à constater l'incompatibilité avec la Convention et le droit communautaire des pouvoirs et fonctions du seigneur et du sénéchal, ainsi que de l'interdiction aux étrangers de se présenter aux élections législatives.

La Court of Appeal a, par une décision du 2 décembre 2008, partiellement rejeté le recours, estimant que les réformes menées sont suffisantes pour assurer la conformité avec la Convention du rôle du seigneur. Pourtant, s'agissant du sénéchal, la cour a jugé que le cumul des fonctions judiciaires et exécutives de celui-ci porte atteinte à l'article 6 de la Convention. Quant aux élections sercquiaises, la Court of Appeal a considéré qu'elles ne constituent pas des "élections municipales" au sens de l'article 19 CE et de la directive 94/80.

Le 5 novembre 2008, une nouvelle constitution a été adoptée aux îles Falkland, un territoire britannique d'outre mer. Ce texte, qui est entré en vigueur le 1er janvier 2009, remplace la

constitution de 1985 promulguée après la guerre de 1982. La nouvelle constitution clarifie la division des compétences entre, d'une part, la branche législative et la branche exécutive et, d'autre part, entre le chef du gouvernement des Falkland et le gouverneur qui représente la Couronne britannique. La loi a, en outre, entamé des réformes pour assurer plus de transparence du gouvernement des Falkland, et a incorporé la Convention en droit interne.

*Reform (Sark) Law, 2008,*  
[www.guernseylegalresources.gg](http://www.guernseylegalresources.gg)

*The Falkland Islands Constitution Order 2008 (S.I. 2008 No. 2846),*  
[www.falklands.gov.fk](http://www.falklands.gov.fk)

[PE] [AMRE]

## D. Échos de la doctrine

### *Droit communautaire, droit international et protection des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme*

"Le moins qu'on puisse dire est que la décision de la Cour dans les affaires Kadi et Al Barakaat [arrêt du 3 septembre 2008, C-402/05 P et C-415/05 P, non encore publié au Recueil] était particulièrement attendue" (Simon, D. et Rigaux, A., "Le jugement des pourvois dans les affaires Kadi et Al Barakaat: smart sanctions pour le Tribunal de première instance", Europe, n° 11 - 2008, étude 9, pt. 1). D'autant plus que "l'attente fut longue. [En effet,] [a]lors que la durée moyenne des procédures en matière de pourvoi est de 18 mois, il en a fallu près de 36 à la Cour dans cette affaire" (Gautier, M., "Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux: le droit international sous la surveillance de la CJCE", La semaine juridique - éd. générale, n° 45, 5 novembre 2008, II, p. 10186 à la p. 10190).

Si "d'aucuns ont pu s'inquiéter de ce que 'la jurisprudence de la Cour a donné récemment quelques signes de renoncement' [Azoulay, L., "Le rôle constitutionnel de la CJCE tel qu'il se dégage de sa jurisprudence", RTDE 2008, p. 44], la juridiction communautaire vient d'apporter le plus éclatant des signes de

résistance" (Gautier, M., op. cit., p. 10189). L'arrêt s'inscrit dans le cadre d'un "contentieux particulièrement abondant [cf., notamment, les arrêts de la Cour du 18 janvier 2007, PKK et KNK, C-229/05 P, Rec. p. I-439, du 27 février 2007, Segi, C-355/04 P, Rec. p. I-1657, et Gestoras pro Amnistia, C-354/04 P, Rec. p. I-1579] qui révèle de façon emblématique la difficulté de placer le curseur déterminant un équilibre indispensable entre le souci légitime de la lutte anti-terroriste et la préoccupation tout aussi légitime de protection des droits fondamentaux" (Simon, D. et Rigaux, A., op. cit., pt. 2). Ce contentieux a, notamment, "contribué à révéler la nature artificielle de la structure de l'Union en pilier[s], voire son caractère contestable lorsqu'elle conduit à de véritables dénis de justice [cf. l'arrêt Segi, précité]" (Flavier, H. "Les rapports entre le droit communautaire et le droit des Nations Unies", *Droit Administratif*, n° 11, novembre 2008, comm. 151). La décision de la Cour arrive après deux arrêts du Tribunal ayant suscité des réactions souvent assez négatives, la juridiction communautaire de première instance ayant été fortement critiquée du fait de s'être aventurée "dans un domaine qu'[elle] maîtrise mal et sur un terrain peu sûr" (Fenet, A., *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, Litec, Paris, 2006, pt. 242) et d'avoir voulu jouer au "professeur de droit international" (Simon, D. et Mariatte, F., "Le Tribunal de première instance des Communautés: professeur de droit international, Europe, 2006, étude 12).

Outre un débat sur la base juridique de la compétence de la Communauté pour adopter des sanctions ciblées à l'égard de certaines personnes dans le cadre de la lutte anti-terroriste qui, d'une manière générale, ne semble pas trop avoir retenu l'attention des auteurs, l'arrêt soulève "des questions de principe majeures quant à la structure du système juridique communautaire et à ses rapports avec l'ordre juridique international" (Simon, D. et Rigaux, A., op. cit., pt. 3), certains allant même jusqu'à le considérer comme la plus importante décision jamais rendue par la Cour sur ce dernier plan (cf. Tridimas, T., *Terrorism and the ECJ: Empowerment and Democracy in the EC Legal Order*, *E.L.Rev.*, 2009, p. 123). A cet égard, "les solutions développées par la Cour [...] reposent sur une véritable doctrine de l'autonomie constitutionnelle de l'Union"

(Simon, D. et Rigaux, A., op. cit., pt. 5), dont l'importance a souvent été mise en exergue par la doctrine (cf., notamment, Barents, R., *The Autonomy of Community Law*, European Monographs n° 45, Kluwer, The Hague, 2004). En ce sens, "[t]he Kadi judgment is a direct, if late, offspring of the van Gend en Loos [arrêt du 5 février 1963, 26/62, Rec. p. 3] and Costa/Enel [arrêt du 15 juillet 1964, 6/64, Rec. p. 1141] jurisprudence, [...] bring[ing] a step further the proclaimed 'constitutionalization' and autonomy of the Community legal system [...]. [O]ne might even venture to say that similarly to those decisions it will be a landmark in the history of EC law. For, in unmistakable terms, the Court maintained that every international agreement, even one which is previous in time, universal in character and political in scope, like the UN Charter, can not impinge on the constitutional Community order" (Gattini, A., Annotation on Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Kadi, Al Barakaat*, *C.M.L.Rev.*, 2009, p. 213, aux pp. 224-225). En cohérence avec cette conception, la Cour consacre "une vision radicalement dualiste des rapports entre droit international et droit communautaire. Réduisant la question qui lui est posée à un contrôle de légalité portant sur [un] acte communautaire visant à mettre en œuvre le droit international, et non sur le droit international lui-même, la Cour constate [...] qu'il ne lui incombe en aucun cas de contrôler la validité d'une résolution adoptée par le Conseil de sécurité [...]. Cette position s'inscrit dans une logique qui avait déjà conduit la Cour à annuler une décision du Conseil approuvant un accord international au motif que le contenu matériel de l'accord constituait une violation d'un principe général du droit communautaire [cf. l'arrêt du 10 mars 1998, *Allemagne / Conseil*, C-122/95, Rec. p. I-973], ou encore plus largement à développer une doctrine fondée sur l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, s'agissant de l'articulation entre le droit communautaire et le droit de l'OMC [cf., notamment, l'arrêt du 9 septembre 2008, *FIAMM et Fedon*, C-120/06 P et C-121/06 P, non encore publié au Recueil]" (Simon, D., et Rigaux, A., op. cit., pt. 13). Par ailleurs, si l'arrêt "rejoint, sur le terrain de l'incompétence pour contrôler une action internationale au regard du droit international, la position de la Cour européenne des droits de l'homme [...] telle qu'elle est exprimée dans la décision de principe *Behrami* [...] et *Saramati* [arrêt du 2

mai 2007, n°s 71412/01 et 78166/01]", il n'en est pas moins pour autant également "en phase avec la manière dont la Cour EDH a conçu sa compétence dans l'affaire Bosphorus [arrêt du 30 juin 2005, n° 45036/98], où elle a contrôlé un acte d'une autorité d'un État partie, alors même que cet acte était pris en exécution d'un règlement communautaire lui-même pris en application d'une résolution" [Cassia, P. et Donnat, F., "Terrorisme international et protection des droits fondamentaux", RFDA, 2008, p. 1204, aux pp. 1206 et 1208). Ainsi, "[r]enouant [...] avec une théorie dont on pensait que l'avis sur l'EEE de 1991 [avis du 14 décembre 1991, 1/91, Rec. p. I-6079] constituait la seule illustration [...], la Cour a de nouveau été tentée par la consécration [...] d'une sorte de 'supra-constitutionnalité' communautaire" (Gautier, M., op. cit., p. 10192). Dans la mesure où les droits fondamentaux appartiennent aux fondements mêmes de l'ordre juridique communautaire, "rien - absolument rien - dans le traité ne permet de soutenir que les organes de la Communauté peuvent s'affranchir des prescriptions qu'il renferme et notamment celles qui protègent les droits de l'homme, au seul motif qu'ils entendent mettre à exécution une résolution du Conseil de sécurité" (Cassia, P. et Donnat, F., op. cit., p. 1211).

Ceci dit, une partie de la doctrine ne manque pas de souligner "l'étrange progression de l'arrêt" sur ces questions, observant, notamment, que "le raisonnement de la Cour [...], au lieu de s'égrainer linéairement, est animé d'un certain mouvement de balancier, oscillant entre des affirmations de principe, des mises en perspective et des ajouts incidents, puis à nouveau d'autres affirmations de principe" (D'Argent, P., "Arrêt 'Kadi': le droit communautaire comme droit interne", JDE, 2008, p. 265, à la p. 267). Ayant conclu que "le règlement, acte communautaire, est par essence contestable [...] [l]a Cour aurait pu, et même du, arrêter là son raisonnement [...] Sans doute pour renforcer le caractère inéluctable de cette conclusion, elle a, au risque d'obscurcir la clarté de sa décision, été au-delà de ce qu'exigeait la résolution de sa compétence au cas d'espèce" (Cassia, P. et Donnat, F., op. cit., p. 1210). Certains auteurs vont même plus loin et remarquent que le raisonnement de la Cour est "formellement exact mais matériellement apocryphe [...]. Bien que la Cour prenne grand

soin d'affirmer le contraire, contrôler un règlement communautaire qui reprend mot pour mot les dispositions d'un acte des organes de l'ONU revient à contrôler indirectement cet acte et à le confronter au droit communautaire primaire [...]. La Cour elle-même en est d'ailleurs pleinement consciente puisque elle revient curieusement au droit communautaire pour affirmer que rien dans ce dernier ne permet de fonder une immunité juridictionnelle pour les actes reprenant des normes de droit international [...], primauté [qui] pouvait pourtant se prévaloir de l'article 307 du traité CE" (Gautier, M., op. cit., p. 10191). "The Court could and should have more attentively looked into both the restraints imposed by and the limits of Article 307, with regard to the obligations incumbent on EU Member States from a previous treaty [...]. [T]he cursory way in which [it] [...] disposes of Article 307, dismissing by the same token the Centro-Com precedent [reference] verges on the self-righteous" (Gattini, A., op. cit., pp. 225-226). "In essence [...] the ECJ does not explain how the general rule that 'the European Community must respect international law in the exercise of its powers' should be reconciled with its categorical dictum that measures violating EC human rights guarantees must not be adopted within the EC" (Griller, S., "International Law, Human Rights and the European Community's Autonomous Legal Order: Notes on the European Court of Justice Decision in Kadi, Eur. Const. Law Rev., 2008, p. 528, à la p. 539). Pour certains, l'arrêt ne serait d'ailleurs pas la seule décision récente de la Cour à poser de problèmes pour ce qui est de l'articulation entre le droit communautaire et le droit international. C'est ce que souligne en particulier Gattini, pour qui "the judgment under review is just the latest in a series, in which the ECJ, instead of making rational use of arguments of international law, opening itself to a dialogue with other international bodies and tribunals [...] has increasingly displayed its determination to reduce as much as possible the residual scope of international law, and consequently the margin of manoeuvre of Member States, in the realm of Community law [...]. Self-contained judgments such as Kadi, and with the due distinctions [...] Intertanko [arrêt du 3 juin 2008, C-308/06, non encore publié au Recueil], do not bode well for the

future of customary international law" (Gattini, A., *op. cit.*, pp. 226-227).

Mais, si la solution à laquelle parvient la Cour peut ainsi, pour certains, apparaître "d'une compatibilité douteuse avec les exigences du droit international", il n'en reste pas moins que le juge communautaire "en fonde la légitimité par son objet [...] le respect des droits fondamentaux" (Gautier, M., *op. cit.*, p. 10192). En effet, eu égard aux problèmes graves que posent en termes de protection des droits individuels les listes noires de présumés terroristes établies par l'ONU - problèmes d'ailleurs dénoncés à plusieurs reprises notamment dans le cadre du Conseil de l'Europe (cf. Delmas-Marty, M, *Listes noires du Conseil de sécurité des Nations Unies et de l'Union européenne*, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Doc. 11454, 16 novembre 2007) -, il n'est pas étonnant que "la Cour refuse vigoureusement que, dans l'ordre juridique communautaire [...], la lutte anti-terroriste soit invoquée pour justifier un espace de non-droit, et [...] que les règlements communautaires adoptés dans ce domaine apparaissent comme une série de petits 'Guantanamo juridiques', assortis en outre d'une immunité juridictionnelle dangereuse" (Simon, D. et Rigaux, A., *op. cit.*, pt. 26). Si "la lecture a contrario [de l'arrêt] semble impliquer que l'existence d'une protection satisfaisante des droits fondamentaux au niveau onusien justifierait bien l'absence de contrôle [...] position [...] [que] l'on ne peut [...] s'empêcher de rapprocher [...] de celle de certaines juridictions constitutionnelles, et notamment allemande [cf., notamment, l'arrêt du Bundesverfassungsgericht du 29 mai 1974, Solange I, BVerfGE 37, 271], à l'égard du système communautaire dans les années soixante-dix" (Gautier, M., *op. cit.*, p. 10193), il reste peut-être à regretter que la Cour n'ait pas été plus explicite à cet égard. Comme le relève un auteur, "[o]nly at the end part of the judgment [...], and in a quite perfunctory way did the Court confront the argument of the Commission, which had maintained that 'so long as' under the UN system of sanctions the individuals or entities concerned have an acceptable opportunity to be heard through the administrative review mechanism, the Court should not intervene" (Gattini, A., *op. cit.*, p. 234). "One is left to wonder whether the explicit adoption of [...] the Solange and Bosphorus

doctrines, would [not] have been more conducive to the establishment of human rights safeguards on the UN level" (Riegner, M., "ECJ annuls Community Regulation giving effect to Security Council counter-terrorism resolutions for violations of fundamental rights, *Bulletin of International Legal Developments*, 29 September 2008, p. 193, à la p. 195). "Au-delà, c'est tout le système actuel de reprise par l'Union européenne des listes noires onusiennes qui est mis à mal. À court terme, la seule solution paraît être pour les institutions de l'Union d'établir de façon autonome et selon une procédure propre respectueuse des droits fondamentaux des listes noires exclusivement européennes. Cette voie, déjà partiellement explorée, autorise en effet un contrôle communautaire moins problématique [cf. l'arrêt du Tribunal du 11 juillet 2007, Sison, T-47/03, Rec. p. II-73] [...] [m]ais une telle procédure pourrait [...] conduire à [...] porter atteinte à la primauté des actes des organes de l'ONU. Dans ces conditions, la seule solution parfaitement satisfaisante viendrait d'un renforcement considérable des garanties proposées par la procédure onusienne et par l'adoption en réponse d'une jurisprudence *So lange II* par la Cour de Justice" (Gautier, M., *op. cit.*, p. 10193), dans la droite ligne de ce qu'a fait la Cour constitutionnelle allemande en 1986 (cf. son arrêt du 22 octobre 1986, BVerfGE 73, 339).

Quoi qu'il en soit, et outre son importance du point de vue de l'articulation entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique international, "l'arrêt Kadi et Al Barakaat s'inscrira sans doute parmi les grands arrêts de la Cour de justice sur le terrain des droits de l'homme" (Simon, D. et Rigaux, A., *op. cit.*, pt. 19). "Despite the [fact that] it is now up to the Member States to come to grips with their diverging, even opposing, obligations under UN law and under EC law [and] that from the perspective of the UN, [it] offers little if any help in order to improve the review mechanism of the Consolidated List" (Gattini, A., *op. cit.*, p. 235 et p. 237), "[t]he judgment [...] is of major constitutional importance [...] as it places fundamental rights at the apex of the Community edifice" (Tridimas, T., *op. cit.*, p. 125). En définitive "quelles que puissent être les difficultés engendrées par cet arrêt, l'on se félicite que la CJCE vienne, après la Cour

suprême américaine (cf. l'arrêt du 12 juin 2008, *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. (2008)), tempérer une politique de lutte contre le terrorisme menée par les États-Unis seuls ou au sein de l'ONU par trop attentatoire aux droits les plus élémentaires de la personne humaine. La lutte contre le terrorisme est, on le sait, toujours un défi pour les démocraties [mais] elle ne peut et ne doit se faire au détriment de ce qui constitue peut être le fondement même de l'ordre juridique communautaire, à coup sûr le socle de notre système juridique et politique" (Gautier, M., op. cit., p. 10194).

[PC]

## E. Brèves

\* *Convention européenne des droits de l'homme*: Le 9 décembre 2008, la Cour EDH a déclaré irrecevables deux requêtes introduites contre - à l'époque des faits - 15 États membres de l'Union européenne.

Dans l'affaire *Connolly*, le requérant dénonce une multitude de manquements aux garanties du procès équitable, notamment aux principes du contradictoire et de l'égalité des armes notamment devant le Tribunal de première instance et la Cour de justice (voir les arrêts de la Cour du 6 mars 2001, C-273/99 P, Rec. p. I-1575 et C-274/99 P, Rec. p. I-1611; arrêts du Tribunal du 19 mai 1999, T-203/95, RecFP p. I-A-83 et II-443, T-214/96, RecFP p. I-A-95 et II-517, T-34/96 et T-163/96, RecFP p. I-A-87 et II-463).

Dans l'affaire *Établissements Biret et Cie SA et la société Biret International*, les requérantes se plaignent de ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable et de ne pas avoir eu accès à un tribunal dans la mesure où, d'une part, elles n'ont pas eu la possibilité de contester les deux directives européennes de 1988 avant que celles-ci ne soient censurées par l'organe de règlement des différends de l'OMC et, d'autre part, elles n'ont pu engager la responsabilité de la Communauté qu'à l'issue du délai accordé à celle-ci pour se conformer à ses engagements au titre de l'OMC. En outre, sur le fondement de l'article 1 du Protocole n° 1, les requérantes

estiment que la législation communautaire déclarée en définitive illégale a privé la société *Biret International* de son fonds de commerce et a ainsi porté atteinte à son droit de propriété (voir les arrêts de la Cour du 30 septembre 2003, *Biret International/Conseil*, C-93/02 P, Rec. p. I-10497 et C-94/02 P, Rec. p. I-10565; arrêts du Tribunal du 11 janvier 2002, T-174/00, Rec. p. II-17 et T-210/00, Rec. p. II-47).

Se référant notamment à l'arrêt *Bosphorus* du 30 juin 2005, (*Bosphorus Airways / Irlande*, Recueil des arrêts et décisions 2005-VI; voir *Reflets n° 2/2005*), la Cour EDH rappelle que, pour autant que l'on puisse considérer que la protection des droits fondamentaux offerte par l'ordre juridique communautaire soit mise en doute dans les deux affaires, elle a déjà admis que cette protection était "équivalente" à celle assurée par le mécanisme de la Convention. Elle ne voit rien dans les présentes affaires qui pourrait l'amener à une conclusion différente. Par ailleurs, la Cour EDH constate qu'à aucun moment l'un ou l'autre des États mis en cause n'est intervenu, directement ou indirectement, dans les litiges en cause. Dès lors, elle ne relève en l'espèce aucune action ou omission de ces États ou de leurs autorités qui serait de nature à engager leur responsabilité au regard de la Convention.

*Cour EDH, décisions sur la recevabilité du 09.12.08, requête n° 73274/01 (Connolly) et 13762/04 (Biret)*,  
[www.echr.coe.int/echr](http://www.echr.coe.int/echr)

[ALP]

-----

Dix ans après l'installation en 1998 d'une Cour EDH permanente garantissant un droit de recours individuel à plus de 800 millions d'Européens, le Président de la Cour, Jean-Paul Costa, a salué le 30 octobre 2008 l'établissement de cette "nouvelle" Cour EDH comme un tournant dans le développement de la protection internationale des droits de l'homme. S'exprimant à Strasbourg, le Président a notamment souligné "les grands progrès qui ont été accomplis au cours des dix dernières années, qui ont vu plus de 9 000 arrêts rendus et la jurisprudence en matière de droits de l'homme évoluer vers un langage commun compris et

employé par les professionnels du droit et par d'autres dans toute l'Europe et au-delà." Pour le Président "il est de la plus haute importance que la Cour puisse continuer de jouer pleinement son rôle de garante de la démocratie et de l'État de droit dans les 47 États sur le territoire desquels s'étend sa compétence. Cela signifie que la Cour devra s'adapter pour faire face à l'afflux massif d'affaires qu'elle connaît depuis 1998, que d'autres réformes du système s'imposent et surtout... que les États membres du Conseil de l'Europe doivent tous réaffirmer leur attachement résolu à une protection internationale efficace des droits de l'homme, tout en s'assurant que leurs systèmes nationaux permettent au justiciable de demander réparation des violations des droits de l'homme dont il est victime".

Le même jour, la Cour EDH a inauguré son nouveau portail Internet ([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)). Ce site nouvellement conçu dispose d'un lien vers une page spéciale consacrée au dixième anniversaire, dans laquelle peuvent être consultées des informations sur les activités de la "nouvelle" Cour, comme, par exemple, des statistiques mises à jour.

[www.cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=842619&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649](http://www.cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=842619&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649)

[ALP]

-----

À l'occasion d'une conférence de presse le 29 janvier 2009, le Président de la Cour EDH, Jean-Paul Costa, a indiqué que le cinquantième anniversaire de la Cour, cette année, permet de dresser un bilan très positif de l'influence qu'elle exerce depuis ses débuts. Soulignant l'importance de la charge de travail actuelle de la Cour EDH (presque 100.000 affaires pendantes), il note, en le regrettant, que les différentes propositions de réforme se trouvent actuellement dans l'impasse, même s'il est permis d'espérer que cette situation sera surmontée.

Le Président a indiqué que la Cour EDH a rendu 1543 arrêts en 2008, soit 3% de plus qu'en 2007 et 30 163 décisions soit 11% de plus

qu'en 2007. Il a souligné que cette activité considérable ne diminue pas l'arriéré, puisque près de 50 000 nouveaux recours ont été attribués à une formation judiciaire en 2008, soit une augmentation de 20% par rapport à 2007. Il a indiqué que le nombre de requêtes pendantes (plus de 97 000 à la fin de l'année dernière), ne cesse d'augmenter.

[www.cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=20925899&skin=hudoc-pr-fr](http://www.cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=20925899&skin=hudoc-pr-fr)

[ALP]

-----

La Cour EDH a lancé à l'essai un nouveau service permettant aux requérants de remplir le formulaire de requête en ligne par l'intermédiaire de son site Internet. Pour le moment, seul les formulaires en néerlandais et en suédois seront disponibles. En fonction des résultats de cet essai, une application aux autres langues officielles des États membres du Conseil de l'Europe sera envisagée.

Lorsque le formulaire est complètement rempli et validé, le requérant reçoit automatiquement un courrier électronique contenant la version complète du formulaire en format PDF. Le formulaire signé doit être envoyé par la poste à la Cour EDH avec les annexes pertinentes et dans le délai indiqué.

[www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Applicants/Information+for+applicants/Application+form+online/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Applicants/Information+for+applicants/Application+form+online/)

[ALP]

-----

\* *Allemagne* : Après une première prolongation qui avait déjà été accordée le 1er septembre 2008, le Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale, ci-après: le "BVerfG") a prolongé pour six mois, par la voie d'une ordonnance provisoire du 28 octobre 2008, la durée d'une ordonnance provisoire du 11 mars 2008, 1 BvR 256/08 (voir *Reflets* n° 2/2008, p. 13-14) relative à la suspension temporaire de l'application d'une partie de la loi allemande transposant la directive 2006/24 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de

communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications. En outre, la haute juridiction constitutionnelle a étendu le champ d'application de cette ordonnance provisoire. En effet, dans (l'ancienne) ordonnance du 11 mars 2008, le BVerfG avait modifié temporairement la partie de ladite législation concernant la mise à disposition de certaines données aux autorités publiques aux fins de poursuites judiciaires en ajoutant des exigences supplémentaires quant à l'admissibilité d'une telle transmission de données. Par la présente décision, le BVerfG a complété l'ancienne ordonnance en soumettant temporairement aussi la transmission des données aux autorités de police ou aux services de renseignement, effectuée aux fins du maintien de la sécurité publique et non aux fins de poursuites judiciaires, à des conditions d'admissibilité plus strictes, telles que définies par la législation visant à restreindre le secret des communications téléphoniques.

*Bundesverfassungsgericht, ordonnance du 28.10.08, 1 BvR 256/08, publié sur le site Internet du Bundesverfassungsgericht: [www.bverfg.de/entscheidungen/rs20081028\\_1bvr025608.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20081028_1bvr025608.html)*

IA/31025-A

[NGZ]

-----

Dans un arrêt du 27 octobre 2008, le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, ci-après "BGH") a jugé que, lorsqu'une société constituée conformément à la législation d'un État tiers (la Suisse) et y ayant son siège statutaire transfère son siège effectif dans l'État allemand, ce dernier peut dénier à ladite société, en raison de ce transfert de siège, la capacité juridique et, partant, la capacité d'ester en justice devant ses juridictions nationales. Ainsi, le BGH s'est opposé, vis-à-vis des sociétés constituées conformément à la législation des États tiers, à une éventuelle application, à l'égard de la Suisse, des articles 43 et 48 CE ainsi que des principes dégagés par la Cour de justice dans son arrêt du 5 novembre 2002, (Überseering, C-208/00, Rec. p. I-9919), relatifs à l'obligation des États membres de respecter la capacité juridique, telle que conférée à de telles sociétés en vertu du droit de l'État membre de constitution.

*Bundesgerichtshof, arrêt du 27.10.08, II ZR 158/06, publié sur le site Internet: [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de)*

IA/31919-A

[NGZ]

\* *Belgique* : Dans deux de ses arrêts des 20 et 21 janvier 2009, le Conseil d'État (section du contentieux administratif) a rejeté les recours en annulation introduits par la société belge de téléphonie mobile Mobistar à l'encontre de plusieurs règlements communaux instaurant une taxe sur les pylônes de diffusion pour téléphones portables. La société Mobistar soutenait que ces règlements violaient l'article 3<sup>quater</sup> de la directive 90/388, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication, en ce qu'ils entraînaient une restriction au développement du réseau de téléphonie mobile de Mobistar et portaient atteinte à la concurrence entre cette société et l'opérateur "historique" Belgacom; or, en vertu de l'article 3<sup>quater</sup> de ladite directive, les États membres doivent assurer la levée de toutes les restrictions imposées aux opérateurs de systèmes de communications mobiles et personnelles en ce qui concerne la création de leur propre infrastructure. Après avoir rappelé l'interprétation donnée à cet article par la Cour dans ses arrêts Mobistar et Belgacom Mobile (aff. jointes C-544/03 et C-545/03, arrêt du 8 septembre 2005, Rec. p. I-7723), selon laquelle des mesures d'ordre fiscal s'appliquant à des infrastructures de communication mobiles ne relèvent pas de cet article, sauf si ces mesures favorisent, directement ou indirectement, les opérateurs "historiques" et affectent d'une façon appréciable la situation concurrentielle, le Conseil d'État a rejeté les arguments de Mobistar, ce dernier n'ayant pu démontrer une quelconque distorsion de concurrence au vu de l'application desdites taxes à tous les opérateurs de téléphonie mobile. Cet arrêt s'ajoute aux nombreuses autres décisions rendues par les juridictions belges dans le cadre de la bataille qui oppose les opérateurs de téléphonie mobile aux taxes communales en cause.

*Conseil d'État (section du contentieux administratif), 20.01.09, n° 189.664, et 21.01.09, n° 189.702,*

[www.conseildetat.be](http://www.conseildetat.be)  
IA/312826-A et IA/312827-A

[CREM]

-----

Dans le cadre d'un recours en annulation introduit à l'encontre de plusieurs dispositions législatives concernant la lutte contre le racisme, la xénophobie et la discrimination, la Cour constitutionnelle a rejeté une exception d'irrecevabilité soulevée par le Conseil des Ministres reposant, entre autres, sur l'obligation de transposition des directives, à laquelle est soumis l'État belge. Le Conseil des Ministres soutenait, en effet, que le recours en annulation était irrecevable car les dispositions attaquées n'opéraient que la transposition en droit interne de directives européennes et que, en vertu des articles 10 CE et 249, al.3 CE, l'État belge ne pouvait se soustraire à cette obligation en invoquant ses propres dispositions constitutionnelles (sur lesquelles reposait le recours en annulation en cause). La Cour constitutionnelle a jugé que la loi lui conférant le pouvoir d'annuler une norme législative n'établit aucune distinction selon le motif de l'adoption de la norme attaquée. Selon la Cour constitutionnelle, la circonstance que l'intervention du législateur est dictée par la volonté de transposer une directive européenne dans l'ordre interne n'affecte pas la compétence de ladite Cour ; si celle-ci estime nécessaire qu'une décision soit rendue sur la validité de la directive transposée en droit interne, la Cour constitutionnelle pose sur ce point une question préjudicielle à la Cour, conformément à l'article 234 CE.

*Cour constitutionnelle, 12.0.09, n° 17/2009,*  
[www.arbitrage.be](http://www.arbitrage.be)

IA/312828-A

[CREM]

\* *France* : À la suite d'une question préjudicielle posée par le Conseil d'État, la Cour de justice, dans l'arrêt du 12 février 2008, CELF, C-199/06, Rec. p. I-469, avait précisé les règles communautaires en matière de recouvrement des aides d'État illégales déclarées, par la suite, compatibles avec le

marché commun par la Commission et précisé le rôle du juge national en vertu de l'article 88, paragraphe 3, CE. La Cour avait assoupli l'obligation de récupération, en disant pour droit que le juge national n'est pas tenu d'ordonner la récupération d'une aide illégale, lorsque la Commission a adopté une décision finale constatant la compatibilité de ladite aide. Le juge national est seulement tenu d'ordonner le paiement d'intérêts compensant la jouissance anticipée, de manière illégale, de l'aide compatible.

À propos de la même affaire, par un arrêt du 19 décembre 2008, le Conseil d'État demande à la Cour de justice, d'une part, si le juge national peut surseoir à statuer sur la question de l'obligation de restitution jusqu'à ce que la Commission se soit prononcée par une décision définitive sur la compatibilité de l'aide, lorsqu'une première décision de la Commission déclarant cette aide compatible a été annulée par le juge communautaire, et, d'autre part, si le fait que la Commission a déclaré à trois reprises l'aide compatible, avant que ces décisions soient annulées par le Tribunal de première instance, constitue une circonstance exceptionnelle pouvant conduire le juge national à limiter l'obligation de récupération de l'aide.

*Conseil d'État, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 19.12.08, n° 274923, Centre d'Exportation du Livre Français,*  
[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

IA/32001-A

[THF]

-----

Le Conseil d'État a jugé qu'un décret, accordant une extradition, qui n'indiquait pas un ordre de priorité à respecter entre plusieurs mandats d'arrêt européens et une demande d'extradition, était légal. Néanmoins, ce décret ne pourra pas être exécuté tant que la chambre de l'instruction compétente n'aura pas statué sur cet ordre de priorité, conformément à l'article 645-42, second alinéa, du code de procédure pénale.

Cette disposition prévoit en effet que c'est à la chambre de l'instruction qu'il appartient de se prononcer sur une telle question en prenant en

considération toutes les circonstances, notamment celles visées au premier alinéa du même article en cas de pluralité de mandats d'arrêt européens et celles figurant dans la convention ou l'accord applicable. Ni le mécanisme du mandat d'arrêt européen, ni celui de la procédure classique d'extradition, n'apparaissent donc prioritaires l'un par rapport à l'autre.

*Conseil d'État, arrêt du 19.01.09, Vujosevic, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)*

IA/31199-A

[NRY]

-----

Dans un litige opposant un particulier à la République fédérale d'Allemagne, à propos d'un mur séparant leurs propriétés respectives, la Cour de cassation a rappelé qu'en application des principes de droit international relatifs à l'immunité de juridiction des États étrangers, ces derniers, ainsi que les organismes qui en constituent l'émanation, "ne bénéficient de l'immunité de juridiction que si l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de leur souveraineté et n'est donc pas un acte de gestion". La démolition et la reconstruction d'un mur mitoyen étant des actes de gestion privée, la République fédérale d'Allemagne pouvait valablement être atraite devant les juridictions françaises.

Cet arrêt s'inscrit dans une série de décisions (cf. notamment Cass. ch. mixte, 20 juin 2003, n° 00-45629; Cass. soc, 10 juin 2008, n°06-46419) qui tendent à restreindre le bénéfice de l'immunité de juridiction des États étrangers en imposant le respect de conditions tenant non seulement à la qualité de l'auteur de l'acte, mais aussi à la nature ou à la finalité dudit acte (contra : Cass. 1ère civ, 29 mai 1990, n° 88-45426).

On retrouve le même type de problématique dans la jurisprudence communautaire relative à l'applicabilité de la Convention de Bruxelles, selon laquelle les litiges opposant une autorité publique à une personne de droit privé échappent au champ d'application de ladite Convention dans la mesure où l'autorité agit dans l'exercice de la puissance publique (cf. notamment, arrêt du 1er octobre 2002, Henkel,

C-167/00, Rec. p. I-8111, points 26 à 30; arrêt du 15 février 2007, Lechouritou e.a., C-292/05, Rec. p. I-1519, ainsi que les points 58 à 73 des conclusions de Mme l'Avocat général Kokott dans l'affaire Orams, C-420/07).

Par ailleurs, cet arrêt rappelle que si les États étrangers bénéficient par principe de l'immunité d'exécution, il en va autrement "lorsque le bien concerné se rattache, non à l'exercice d'une activité de souveraineté, mais à une opération économique, commerciale ou civile relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice". La Cour de cassation estime que l'acquisition et l'entretien par un État étranger de biens immobiliers en France, même affectés au logement d'un officier supérieur, ne constituent pas une "prérogative ou un acte de souveraineté" mais une "simple opération habituelle de gestion, relevant du droit privé".

La Cour avait déjà jugé que l'acquisition par un État étranger de biens immobiliers en France "affectés au logement de son personnel diplomatique" ne constituait pas une prérogative ou un acte de souveraineté (Cass. 1ère civ, 25 janvier 2005, n° 03-18176). Le présent arrêt précise que l'entretien de biens immobiliers ne relève pas davantage de l'immunité d'exécution (En faveur de l'application de cette solution à tous les litiges réels immobiliers impliquant un État étranger, cf. L.d'Avout, L. d'Perreau-Saussine, JCP Ed G n° 1, 7 janvier 2009, II 10002). Les biens affectés aux services des ambassades ou de leurs annexes et les résidences des ambassadeurs relèvent en revanche de l'immunité d'exécution, conformément aux conventions internationales applicables (Cass 1ère civ, 25 janvier 2005, précité.)

*Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 19.11.08, n° 07-10570, X c/ République fédérale d'Allemagne e.a.,*

IA/32003-A

[VGP]

-----

Dans une affaire relative au refus d'un fournisseur d'accorder à une entreprise qui en avait fait la demande le statut de distributeur agréé, la Cour de cassation a jugé qu'il ne ressort d'aucun texte que les dispositions du règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999

relatif aux accords verticaux, en vigueur depuis le 1er janvier 2000, devraient recevoir un effet rétroactif. Néanmoins, selon la Cour, les "précisions" apportées par ce règlement, qui a pour objet de définir les conditions d'exemption de certains accords entre entreprises de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles, peuvent être prises en considération à titre "d'éléments de fait" ou de "grille d'analyse" lors de l'examen de la conformité d'accords ou de comportements antérieurs à son entrée en vigueur, cela n'en constituant pas une application rétroactive.

*Cour de cassation, Chambre commerciale, 04.11.08, n° 07-21545, Biotherm*

IA/32002-A

[VGP]

-----

\* *Pays-Bas* : Dans l'affaire Bosal (arrêt de la Cour du 18 septembre 2003, C-168/01, Rec. p. I-9409), concernant une société néerlandaise qui avait voulu déduire des frais liés à ses participations dans des sociétés établies dans neuf autres États membres, la Cour de justice a jugé que la limitation de la déductibilité des frais de participation de la société mère établie aux Pays-Bas dans le capital d'une filiale établie dans un autre État membre, à la condition que cette dernière rapporte des bénéfices imposables aux Pays-Bas, constitue une restriction injustifiée à la liberté d'établissement.

À la suite de l'affaire Bosal, le Hoge Raad (Cour Suprême) a jugé, dans un arrêt du 16 janvier 2009, que, en vertu de la loi néerlandaise relative à l'impôt des sociétés de 1969, le calcul du montant déductible des frais liés à une participation dans une société doit également prendre en compte les avantages résultant de fluctuations du cours de change. Selon le Hoge Raad, le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les avantages résultant de telles fluctuations et obtenus sur le crédit avec lequel la participation dans la société a été financée doivent être déduits du montant des charges déductibles liés à ladite participation.

*Hoge Raad, 16.01.09, Staatssecretaris van Financiën/X Holding B.V.,*

[www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), LJN BB3469

IA/31831-A

[SJN]

\* *Pologne* : La Cour constitutionnelle, saisie par le Président de la République dans le cadre du contrôle préventif de constitutionnalité, a jugé le 18 février 2009 que la loi autorisant le Président de la République à déposer une déclaration sur la reconnaissance de la compétence de la Cour de justice en vertu de l'article 35, paragraphe 2, UE est conforme au droit d'avoir sa cause entendue par un tribunal sans retard excessif (art. 45, al. 1, de la Constitution).

Cet arrêt (Kp 3/08) sera présenté dans le prochain numéro de bulletin "*Reflets*".

[MSIE]

## 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 Curia (<http://curia.europa.eu>) sous "Le droit de l'Union en Europe / Jurisprudence nationale et internationale"

---

Ont collaboré à ce numéro les administrateurs suivants : Réa Apostolidis [RA], Valentina Barone [VBAR], Pedro Cabral [PC], Hervé Yves Caniard [HYC], Patrick Embley [PE], Thierry Fouquet [THF], Anke Geppert [AGT], Valérie Giacobbo-Peyronnel [VGP], Caroline Heeren [CHEE], Niklas Görlitz [NGZ], Sally Janssen [SJM], Alexander Pelzl [ALP], Céline Remy [CREM], Natacha Rosemary [NRY], Lina Satkutė [LSA], Maria Siekierzyńska [MSIE], Petra Škvařilová [PES], Krisztina Stump [KST], Maria Grazia Surace [MSU], ainsi que Vaiva Nekrašaitė [VNEK], Málé Mohácsi [MMOH], Aidean Moresby Reay [AMRE], Miroslav Špecián [MSPE], stagiaires.

Coordinateurs : Carole Lavandier [CWL], Alexander Pelzl [ALP]