



Direction générale
de la Bibliothèque,
Recherche et Documentation

N° 2/2009

REFLETS

Informations rapides sur les développements juridiques présentant un intérêt communautaire

Table des matières

A. Jurisprudence	1 -
I. Juridictions européennes et internationales	1 -
Cour européenne des droits de l'homme	- 1 -
II. Juridictions nationales	3 -
1. États membres.....	3 -
Allemagne	3 -
Belgique	8 -
Finlande.....	9 -
France.....	10 -
Italie.....	15 -
Lituanie	17 -
Pays-Bas.....	18 -
Pologne.....	19 -
République tchèque	20 -
Royaume-Uni	21 -
Slovaquie.....	23 -
2. Pays tiers.....	25 -
B. Pratique des organisations internationales	25 -
C. Législations nationales	25 -
France.....	25 -
Royaume-Uni	28 -
Suède.....	29 -
D. Échos de la doctrine	30 -
E. Brèves	34 -

A. Jurisprudence

I. Juridictions européennes et internationales

Cour européenne des droits de l'homme

Convention européenne des droits de l'homme - Liberté d'expression - Interdiction de discrimination - Législation nationale interdisant la publicité en faveur des produits de tabac - Permission de la retransmission des compétitions de sport mécanique se déroulant dans des pays autorisant la publicité pour le tabac - Publication de photographies dans des magazines d'un pilote de Formule 1 montrant le nom de la marque de tabac sponsor du sportif - Condamnation des éditeurs desdits magazines pour publicité en faveur du tabac - Non-violation de l'article 10 de la Convention - Médias de presse et médias audiovisuels n'étant pas placés dans des situations comparables - Non-violation de l'article 14 de la Convention

Statuant sur la requête de deux sociétés françaises et de leurs directeurs de publication, la Cour EDH a prononcé le 5 mars 2009 ses arrêts dans les affaires Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy c. France (requête n° 13353/05) et Société de Conception de Presse et d'Édition et Ponson c. France (n° 26935/05), dans lesquels elle a conclu, à l'unanimité, à la non-violation de l'article 10

La publication "Reflets" est disponible sur Curia (<http://curia.europa.eu>) sous "Le Droit de l'Union en Europe / Jurisprudence nationale et internationale", ainsi que sur l'intranet du service Recherche et Documentation.

(liberté d'expression) et à la non-violation de l'article 14 (interdiction de la discrimination) combiné avec l'article 10 de la Convention EDH, par la condamnation des requérants pour publicité en faveur des produits du tabac.

Les requérants sont deux sociétés de droit français, Hachette Filipacchi Presse Automobile et Société de Conception de Presse et d'Édition et deux ressortissants français, Paul Dupuy et Gérard Ponson. La société Hachette Filipacchi Presse Automobile, devenue Hachette Filipacchi Associés en 2005, est l'éditrice du magazine mensuel Action Auto Moto dont Paul Dupuy était, au moment des faits, directeur de la publication et gérant. La Société de Conception de Presse et d'Édition était éditrice du magazine Entrevue, dont Gérard Ponson était le directeur de publication.

Les affaires concernent la condamnation des requérants à des amendes de respectivement 30 000 et 20 000 euros et au versement de 10 000 euros au Comité national contre le tabagisme à titre de dommages et intérêts, pour publicité en faveur du tabac en raison de la publication en 2002 de photographies du pilote de Formule 1 Michael Schumacher arborant les couleurs d'une marque de cigarette. Les juridictions françaises estimaient notamment que le nom des marques de tabac apparaissait de façon insidieuse dans un environnement sportif séduisant le grand public, et en particulier les jeunes.

Invoquant l'article 10 de la Convention EDH, les requérants se plaignaient de leur condamnation pour publicité indirecte ou publicité illicite en faveur des produits du tabac. Sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 10, les intéressés dénonçaient également une différence de traitement par rapport aux médias audiovisuels diffusant des compétitions de sport mécanique dans un pays où la publicité pour le tabac n'est pas interdite.

La Cour EDH note que dans les deux affaires, le but de l'ingérence dans la liberté d'expression visait l'objectif de protection de la santé publique, poursuivi par la loi du 10 janvier 1991, dite loi Evin. Elle est d'avis, avec le Gouvernement français, que la restriction de la publicité en faveur du tabac et des produits du tabac constitue un axe essentiel d'une stratégie

plus globale de lutte contre le fléau social que constitue le tabagisme. Des considérations primordiales de santé publique, sur lesquelles l'État français et l'Union européenne ont d'ailleurs légiféré, peuvent primer sur des impératifs économiques, et même sur certains droits fondamentaux tels que la liberté d'expression. La Cour, après avoir présenté la réglementation communautaire pertinente et la jurisprudence de la Cour de justice à cet égard, met en exergue qu'il existe en effet un consensus européen sur la volonté de réglementer strictement la publicité des produits en faveur du tabac et ajoute qu'une tendance générale à la réglementation est désormais affichée au niveau mondial.

Par ailleurs, la Cour EDH n'a pas à juger de l'impact réel de l'interdiction de la publicité sur la consommation du tabac. Que les publications litigieuses soient considérées comme susceptibles d'inciter à la consommation lui paraît être un motif "pertinent" et "suffisant" pour justifier l'ingérence. En outre, comme le font valoir les juridictions françaises, les magazines en question s'adressent au grand public et notamment aux jeunes, lesquels se trouvent être plus vulnérables. Il convient ainsi de prendre en compte l'impact des logos sur ces lecteurs, particulièrement sensibles à la réussite sportive ou financière.

S'agissant des peines infligées au requérants, la Cour EDH estime que les sommes sont certes non négligeables, mais il convient de les mettre en balance, pour en apprécier la lourdeur, avec les recettes de magazines à fort tirage tels qu'Action Auto Moto et Entrevue.

La Cour EDH conclut que, dans les deux affaires, l'ingérence litigieuse peut passer pour "nécessaire dans une société démocratique". Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 10.

En ce qui concerne l'article 14 de la Convention EDH, la Cour relève que le grief des requérants vise à contester l'article L. 3511-5 du code de la santé publique français, qui autorise les médias audiovisuels à retransmettre en France les compétitions de sport mécanique - sans cacher les marques de cigarettes disposées sur les automobiles, les combinaisons des pilotes ou le circuit - lorsqu'elles se déroulent dans des pays

qui autorisent la publicité pour les produits du tabac.

Ainsi que l'ont relevé les juridictions françaises, les moyens techniques ne permettent pas à l'heure actuelle de dissimuler les emblèmes, logos ou publicités sur les images retransmises dans les médias audiovisuels. En revanche, il est possible de ne pas photographier de tels signes, de les cacher ou de les rendre flous sur les pages de magazines. La Cour EDH estime ainsi que les médias écrits disposent du temps et des facilités techniques nécessaires pour modifier l'image et rendre flous les logos rappelant les produits du tabac.

Elle relève en outre qu'à l'occasion d'un litige portant sur les rediffusions d'images d'événements sportifs intervenant plusieurs heures ou plusieurs jours après l'épreuve, la Cour de cassation a confirmé que la retransmission d'une course en temps réel constituait la seule exception à l'interdiction de la publicité indirecte en faveur des produits du tabac.

La Cour EDH estime ainsi que les médias audiovisuels et les médias écrits ne sont pas placés dans des situations analogues ou comparables et conclut, dans les deux affaires, à la non-violation de l'article 14 combiné avec l'article 10.

Cour européenne des droits de l'homme, arrêts du 05.03.09, Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy / France (requête n° 13353/05) et Société de Conception de Presse et d'Édition et Ponson / France (n° 26935/05),
www.echr.coe.int/echr

IA/32131-A
IA/32132-A

[ALP]

II. Juridictions nationales

1. États membres

Allemagne

Traité de Lisbonne - Contrôle de constitutionnalité avant la ratification -

Compatibilité de la loi allemande de ratification avec l'ordre constitutionnel allemand

Par son arrêt rendu le 30 juin 2009, la Cour constitutionnelle allemande (Bundesverfassungsgericht, ci-après "le BVerfG") s'est, en principe, prononcée favorablement sur la conformité de la loi de ratification du Traité de Lisbonne (ci-après "le Traité"), la jugeant compatible avec l'ordre constitutionnel allemand. Toutefois, en exigeant certaines adaptations de la législation allemande relative à la participation du Bundestag et du Bundesrat dans le cadre de l'Union européenne considérée comme insuffisante au vu des exigences constitutionnelles, les juges de Karlsruhe ont, pour le moment, suspendu le processus de ratification. Ainsi, le législateur allemand est tenu d'adapter ladite législation, dans les meilleurs délais, aux exigences constitutionnelles, telles que dégagées par la haute juridiction constitutionnelle allemande dans le présent arrêt. Rappelons que, dans l'attente de la présente décision de Karlsruhe, le texte déjà approuvé par le Bundestag et le Bundesrat allemand n'a pas encore été signé par le président fédéral.

Le BVerfG a été saisi, entre autres, par un groupe parlementaire du Bundestag (DIE LINKE) ainsi que par un député du groupe parlementaire de la CDU/CSU (M. Peter Gauweiler) qui, craignant en particulier un risque d'affaiblissement du Parlement allemand, ont invoqué une violation de certains principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel allemand par la loi de ratification du Traité. En effet, selon les requérants, le nouvel ordre de l'Union européenne, tel que défini par le Traité, porte atteinte, au premier chef, aux principes de la séparation des pouvoirs, de la démocratie et également à la souveraineté de l'État allemand. En faisant, à maintes reprises, explicitement référence, notamment, à la jurisprudence de la Cour de justice, de la Cour européenne des droits de l'homme et des juridictions constitutionnelles d'autres États membres, le BVerfG a affirmé la compatibilité de la loi de ratification du Traité de Lisbonne avec la Loi fondamentale allemande.

D'emblée, le BVerfG a précisé que le Traité n'est pas susceptible de déposséder l'Allemagne

de sa qualité d'État, étant donné qu'il établit, sur la base du droit international public, une communauté d'États souverains (Staatenverbund), et non un État fédéral européen. Il en résulte que la légitimation des actes juridiques européens émane toujours des peuples des États membres. À cet égard, les juges de Karlsruhe ont souligné que le pouvoir-clé relatif à l'intégration européenne doit relever des organes constitutionnels nationaux. En effet, même après une extension de ses compétences, le Parlement européen n'est pas en mesure, à cause d'un "déficit de démocratie structurel" existant dans une telle communauté d'États souverains, de combler la lacune de légitimité entre l'étendue des pouvoirs législatifs existants au niveau européen, d'une part, et les droits démocratiques des citoyens des États membres (demokratische Wirkmacht), d'autre part. En outre, les juges de Karlsruhe ont rappelé l'importance de la sauvegarde du principe selon lequel seules des compétences limitées, susceptibles d'être contrôlables par les États membres, sont transférables à l'UE.

En ce qui concerne leur propre rôle, les juges de Karlsruhe ont rappelé leur "compétence ultime" (Letztentscheidungsrecht) en tant que gardiens des règles de répartition des compétences. Dans le présent arrêt, ils ont insisté, à cet égard, sur leur compétence de contrôle par rapport aux actes communautaires ne respectant pas, de manière évidente, les règles attributives de compétence. Ainsi, le BVerfG a affirmé sa compétence de veiller, à la lumière du principe de subsidiarité, au respect de l'attribution limitée des compétences à l'UE (Ultra-vires-Kontrolle) aussi bien qu'à la sauvegarde de l'identité de la constitution allemande (Identitätskontrolle) pour ce qui concerne le respect des principes fondamentaux de la Loi fondamentale (ci-après "LF"), tels que définis par l'article 23, paragraphe 1, de la LF, lu en combinaison avec l'article 79, paragraphe 3, de la LF. Le BVerfG précise ici la portée du pouvoir de contrôler si un acte communautaire est adopté ou non dans la limite des compétences transférées à l'Union européenne qu'il s'était réservé, dans le cadre de son arrêt "Maastricht", du 12 octobre 1993. En se référant explicitement à la jurisprudence de la Cour de justice établie par l'arrêt du 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat, C-402/05 et C-415/05, non encore publié, selon laquelle

les principes fondamentaux du droit communautaire sont susceptibles de déroger, à titre exceptionnel, à la primauté du droit international public, la haute juridiction constitutionnelle allemande a annoté, à cet égard, que la suspension éventuelle de l'application d'un acte communautaire sur le territoire allemand, dans des cas exceptionnels, ne porterait pas atteinte au principe constitutionnel visant à promouvoir l'intégration européenne.

S'agissant de l'étendue admissible, en vertu de la Loi fondamentale, du transfert des compétences vers l'UE, le BVerfG a souligné, tout d'abord, le caractère fondamental du principe des compétences d'attribution pour la compatibilité d'un tel transfert. Il constate, à cet égard, que le Traité n'a pas créé une compétence générale (Kompetenz-Kompetenz) de l'Union européenne. En effet, selon la haute juridiction constitutionnelle, un tel transfert de compétences serait inadmissible. En rappelant la portée de l'article 23 de la LF, les juges de Karlsruhe ont précisé, à cet égard, que l'intégration européenne et le transfert de compétences y relatif ne doivent pas léser le système démocratique au niveau national. S'il n'est pas requis qu'une quantité donnée ou des compétences spécifiques soient réservées aux États membres, l'intégration européenne ne doit pas priver les États membres d'une marge suffisante pour régler les conditions de vie sur les plans économique, culturel et social. Ainsi, un transfert éventuel des compétences-clés essentielles pour le bon fonctionnement de la démocratie doit être encadré par une interprétation restrictive de l'étendue desdites compétences au niveau communautaire. Parmi les matières dans lesquelles une telle interprétation restrictive des compétences transférées s'impose figurent notamment l'administration de la justice en matière pénale, des mesures de contraintes policières ou militaires, des décisions fondamentales en matière fiscale relatives aux ressources et dépenses de l'État, la politique sociale et des décisions d'une importance culturelle en matière d'éducation, de formation, de médias et concernant la position et le traitement des communautés religieuses.

Si la ratification du Traité en tant que telle est donc compatible avec la Loi fondamentale, il en va autrement de la loi nationale relative à la participation des organes parlementaires nationaux au processus d'intégration européenne (Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union). En effet, le BVerfG a exigé un renforcement de la responsabilité du Parlement en matière d'intégration aux fins de la sauvegarde des fonctions démocratiques du Parlement national. Plus particulièrement, s'agissant du problème des clauses passerelles (Brückenklauseln) du Traité, à savoir les articles 48, paragraphe 7, et 81, paragraphe 3, alinéa 2, le BVerfG a jugé que la participation des organes parlementaires allemands, du Bundestag et du Bundesrat, n'est pas suffisamment assurée par ladite législation. En effet, en rappelant que le "programme d'intégration" et les droits assignés à la future Union européenne doivent être spécifiés avec précision, les juges de Karlsruhe ont indiqué que l'approbation, par le représentant du gouvernement allemand dans le Conseil, des actes communautaires dans le domaine desdites dispositions présuppose, au préalable, un acte affirmatif de la part des organes parlementaires allemands. En outre, il en va de même en ce qui concerne la mise en oeuvre de l'article 352 et des articles 82, paragraphes 3 et 83, paragraphe 1, sous alinéa 3, et paragraphe 3, du Traité dans le domaine du droit pénal.

Le législateur allemand est donc tenu d'adapter la loi d'accompagnement relative aux droits du Parlement aux exigences constitutionnelles, telles que dégagées par les juges de Karlsruhe. En attendant, le BVerfG a suspendu le processus de ratification du Traité. Selon un communiqué de presse, le Bundestag envisage d'adopter les amendements législatifs nécessaires, lors d'une séance extraordinaire, pendant les vacances parlementaires.

Bundesverfassungsgericht, arrêt du 30.06.09, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 et 2 BvR 182/09, publié sur le site Internet du Bundesverfassungsgericht:

www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html

1A/32134-A

[NGZ]

Rapprochement des législations - Vente et garanties des biens de consommation - Directive 1999/44 - Responsabilité du vendeur quant au défaut de conformité du bien livré - Mise en conformité du bien - Remplacement du bien - Obligation de gratuité - Inadmissibilité d'une disposition nationale permettant au vendeur d'exiger du consommateur une indemnité pour l'usage de ce bien - Interprétation conforme à la directive - Détermination de l'effet de la disposition concernée à partir de son objectif et de son but - Modification législative suite à l'arrêt de la Cour de justice

Suite à l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Quelle AG contre Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbrauchererbände*, (arrêt du 17 avril 2008, C-404/06, Rec. p. I-2685), dans lequel celle-ci avait considéré comme incompatible avec la directive 1999/44 une disposition nationale permettant au vendeur d'exiger du consommateur, en cas de remplacement d'un bien défectueux, une compensation pour les avantages retirés par l'acheteur de l'utilisation de ce bien, le Bundesgerichtshof est allé très loin dans l'interprétation restrictive de la disposition nationale en fonction de son objectif et de son but (teleologische Reduktion) afin de l'interpréter conformément à ladite directive. Par ailleurs, entre-temps, le législateur allemand a modifié le Code Civil (Bürgerliches Gesetzbuch), de sorte que l'obligation de gratuité soit désormais respectée pour les ventes des biens de consommation.

Rappelons que le renvoi préjudiciel opéré par le Bundesgerichtshof avait déjà provoqué un grand débat dans la doctrine allemande quant à son admissibilité en raison du fait qu'il était intervenu dans une hypothèse où le droit national ne laisse pas de marge d'interprétation au juge national pour tirer les conséquences de la réponse apportée par la Cour. Le Bundesgerichtshof lui-même avait exposé dans son ordonnance de renvoi que les termes de la

loi étaient clairs et qu'il ne voyait aucune possibilité d'interprétation conforme à la directive.

Partant de cette situation, il s'agissait de savoir, au niveau de la méthodologie du droit, comment le Bundesgerichtshof allait mettre en œuvre la réponse donnée par la Cour.

Le Bundesgerichtshof met en exergue que l'interprétation du droit national conforme à la directive exige non seulement une interprétation au sens strict du mot, mais aussi le développement du droit par voie jurisprudentielle (Rechtsfortbildung), sans pourtant qu'il faille aller jusqu'à une interprétation *contra legem* du droit national, comme la Cour l'a souligné dans l'affaire Adeneler e.a. / Ellinikos Organismos Galaktos (arrêt du 4 juillet 2006, C-212/04, Rec. p. I-6057).

Le Bundesgerichtshof conclut, en l'espèce, en se référant à l'objectif et au but poursuivis par la loi, à la nécessité de développer le droit national dans un sens conforme à la directive. À cet égard, il relève que la loi nationale est incomplète, car elle permet au vendeur d'exiger une indemnité pour l'usage du bien, sans qu'elle prévoit une exception pour les cas de figure relevant de la directive 1999/44. Ceci n'a pas été l'intention du législateur allemand qui a voulu adopter une disposition conforme à la directive. À cet égard, le Bundesgerichtshof renvoie aux motifs du projet de loi.

En conséquence, le Bundesgerichtshof conclut que, en cas de remplacement d'un bien défectueux, le consommateur n'est pas tenu de payer au vendeur une indemnité pour l'usage de ce bien.

Récemment, le législateur allemand a saisi l'occasion de mettre le Code civil allemand en harmonie avec la directive 1999/44, en se référant, dans les motifs du projet de loi (BT-Ds. 16/10607), expressément à l'arrêt de la Cour du 17 avril 2008: L'article 474, paragraphe 2, du Bürgerliches Gesetzbuch énonce désormais que, s'agissant des biens de consommation, le vendeur n'a pas le droit d'exiger du consommateur une compensation pour l'usage du bien défectueux. Curieusement, cette modification a été incorporée dans le Code civil

à l'occasion de l'adoption d'une loi sur la mise en œuvre de la Convention de Lugano de 2007 (10 décembre 2008, BGBl I, 2399).

Bundesgerichtshof, arrêt du 26.11.08, VIII ZR 200/05,
www.bundesgerichtshof.de

QP/05658-P1

[AGT]

Visas, asile, immigration - Politique d'asile - Normes minimales relatives aux conditions d'octroi du statut de réfugié ou du statut conféré par la protection subsidiaire - Directive 2004/83 - Besoin d'une protection internationale apparaissant sur place - Risque de persécutions invoqué par le demandeur d'asile fondé sur des circonstances créées de son propre fait depuis le départ du pays d'origine - Présomption d'abus

Dans le cadre d'un pourvoi, le Bundesverwaltungsgericht s'est prononcé pour la première fois sur l'interprétation de l'article 28, paragraphe 2 de l'Asylverfahrensgesetz (loi sur la procédure en matière d'asile), disposition nationale transposant l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2004/83 sur le statut de réfugié et la protection subsidiaire.

Rappelons qu'en principe, la crainte fondée d'être persécuté ou le risque réel de subir des atteintes graves peut s'appuyer sur des événements postérieurs au départ du demandeur du pays d'origine. En vertu de l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2004/83, les États membres peuvent prévoir que, suite à une première demande d'asile refusée, un demandeur qui introduit une demande ultérieure ne se voit normalement pas octroyer le statut de réfugié si le risque de persécutions est fondé sur des circonstances que le demandeur a créées de son propre fait depuis son départ du pays d'origine.

Selon le Bundesverwaltungsgericht, de telles circonstances sont présumées être constitutives d'un abus. L'article 28, paragraphe 2, de l'Asylverfahrensgesetz veut empêcher qu'après le rejet d'une demande d'asile, le demandeur, par exemple, entame des activités politiques ou

les intensifie dans le seul but de se faire octroyer le statut de réfugié. Afin d'écartier la présomption légale, le demandeur est tenu d'expliquer pourquoi il a commencé à s'engager dans des activités politiques ou intensifié ses activités après le rejet d'une première demande d'asile. Lorsque le demandeur poursuit des activités politiques qu'il a déjà exercées dans le passé, ceci est un indice de la conviction sérieuse du demandeur d'asile, mais la continuité des activités, à elle seule, n'est pas suffisante pour échapper à la présomption légale.

En l'espèce, le demandeur de nationalité turque et appartenant à la minorité kurde avait fait valoir qu'il était impliqué dans des activités politiques pour la minorité kurde au travers d'articles dans un journal proche du PKK interdit en Turquie. Le Bundesverwaltungsgericht a relevé qu'il n'est pas suffisant que le demandeur continue tout simplement ses activités politiques, lesquelles n'ont pas justifié sa demande d'asile à l'origine.

Pour qu'il soit procédé à un réexamen des faits et examiné si l'intéressé peut s'appuyer sur d'autres circonstances afin d'obtenir le statut de réfugié, l'affaire a été renvoyée à la juridiction inférieure.

Bundesverwaltungsgericht, arrêt du 18.12.08, 10 C 27.07,
www.bundesverwaltungsgericht.de

IA/32135-A

[AGT]

Politique sociale - Protection de la sécurité et de la santé des travailleurs - Aménagement du temps de travail - Droit au congé annuel payé - Indemnité financière pour congé non pris versée lors de la fin de la relation de travail – Interprétation de la législation nationale entraînant l'extinction du droit à une telle indemnité en cas de congé de maladie durant tout ou partie de la période de référence - Inadmissibilité

À la suite de la jurisprudence de la Cour de justice en la matière, la neuvième chambre du Bundesarbeitsgericht (Cour fédérale du travail, ci-après "BAG") a rendu, le 24 mars 2009, un

arrêt qui opère un revirement d'une jurisprudence constante relative au droit à une indemnité financière de remplacement pour les congés annuels non pris.

Le litige au principal trouvait son origine dans la demande de la requérante visant à obtenir de son ancien employeur, défendeur au principal, une indemnité financière pour les congés annuels payés non pris lors de la fin de sa relation de travail comme éducatrice en janvier 2007. En raison d'une incapacité de travail permanente, la requérante n'avait pas été en mesure de prendre entièrement ses congés annuels payés, avant la fin de son contrat de travail. En vertu de l'article 7, paragraphes 3 et 4, de la loi fédérale sur les congés (Bundesurlaubsgesetz, ci-après: "BUrUG"), tel qu'interprété jusqu'à présent par les juridictions allemandes du contentieux du travail, les droits au congé annuel payé s'éteignaient dans un tel cas et la requérante, par conséquent, n'avait droit à aucune indemnité financière de congé annuel payé non pris.

En interprétant le BUrUG conformément au droit communautaire, à savoir à l'article 7 de la directive 2003/88 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, dont la portée fut précisée par la Cour de justice dans son arrêt du 20 janvier 2009, Gerhard Schultz-Hoff et Stringer, C-350/06 et C-520/06, non encore publié, le BAG a accueilli le recours de l'intéressée et lui a reconnu le droit à ladite indemnité financière. La haute juridiction allemande du contentieux du travail a précisé, à cet égard, que ledit droit n'est pas susceptible de s'éteindre dans le cas d'un employé se trouvant dans une situation d'incapacité de travail se poursuivant jusqu'à la fin de la période de référence et/ou de report. Ainsi, le BAG a procédé à un revirement fondamental de sa jurisprudence constante dans ce domaine.

Bundesarbeitsgericht, arrêt du 24.03.09, 9 AZR 983/07, publié sur le site Internet du Bundesarbeitsgericht:
<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2009&anz=32&pos=1&nr=13422&linked=urt>

IA/32113-A

[NGZ]

Belgique

Rapprochement des législations - Régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents - Directive 90/434 - Principe de non-imposition sauf en cas de fraude ou d'évasion fiscale - Présomption de fraude ou d'évasion fiscale en cas de manque de motifs économiques valables - Présomption d'opération effectuée pour des motifs économiques valables - Preuve de fraude ou d'évasion fiscales à apporter par les autorités compétentes

Dans un arrêt du 27 janvier 2009, la Cour d'Appel de Gand a donné suite à un arrêt de la Cour de cassation cassant un arrêt de la Cour d'Appel d'Anvers.

Le litige opposait l'administration fiscale aux ayants droit de deux sociétés constituées après une scission, et posait la question de savoir si cette scission répondait à "des besoins légitimes de caractère financier ou économique" et pouvait dès lors bénéficier du régime de neutralité fiscale tel que prévu par l'article 211 du Code des impôts sur les revenus 1992. L'administration fiscale soutenait qu'il incombe au contribuable d'apporter la preuve des "besoins légitimes de caractère financier ou économique", tandis que les sociétés concernées soutenaient qu'il appartient à l'administration fiscale d'apporter la preuve du contraire.

Dans son arrêt du 6 septembre 2005, la Cour d'Appel d'Anvers avait suivi les arguments de l'administration fiscale et condamné les sociétés concernées au paiement des impôts requis parce qu'elles n'avaient pas réussi à prouver que la scission était intervenue pour des motifs économiques. Les sociétés concernées s'étaient ensuite pourvues en cassation.

Dans son arrêt du 13 décembre 2007, la Cour de cassation a expliqué que les dispositions nationales concernées se fondent sur l'article 11 de la directive 90/434 et qu'il ressort du régime général de cette directive, tel qu'il est interprété par la Cour de justice dans son arrêt Leur-

Bloem (arrêt du 17 juillet 1997, C-28/95, Rec. p. I-4161) que le régime fiscal communautaire est applicable sans distinction à chaque scission, quelle que soit la raison pour laquelle elle est réalisée, qu'elle soit de nature financière, économique ou purement fiscale. La Cour de cassation a ajouté qu'il ressort également de la directive telle qu'elle est interprétée par la Cour de justice que les États membres peuvent ne pas appliquer les avantages fiscaux s'il apparaît que l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux de la scission est la fraude ou l'évasion fiscale. En d'autres termes, les États membres doivent accorder les avantages fiscaux à moins qu'il n'y ait des motifs frauduleux à la base de l'opération concernée. La Cour de cassation en a déduit qu'il ressort du régime de la directive que les opérations visées sont censées avoir été effectuées pour des motifs économiques et qu'il appartient à l'autorité compétente de prouver le contraire, sans préjudice de l'obligation du contribuable de collaborer à cette preuve. Ne partageant dès lors pas l'avis de la Cour d'Appel d'Anvers, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de celle-ci, et renvoyé l'affaire devant la Cour d'Appel de Gand.

Dans son arrêt du 29 janvier 2009, la Cour d'Appel de Gand a repris les principes formulés par la Cour de cassation pour ensuite les appliquer au cas d'espèce et ainsi parvenir à la conclusion que l'administration fiscale n'avait pas prouvé que la scission concernée était intervenue pour des raisons frauduleuses, dispensant ainsi les sociétés concernées de payer les impôts requis. En outre, les sociétés concernées avaient proposé de soumettre à la Cour de justice la question préjudicielle de savoir notamment si la directive 90/434 établit la présomption que toute opération visée par la directive répond à des motifs économiques et que dès lors il appartient à l'administration compétente d'apporter la preuve du contraire. Compte tenu de l'argumentation de la Cour de cassation, reprise telle quelle dans son arrêt, la Cour d'Appel de Gand n'a toutefois pas jugé utile de soumettre cette question à la Cour de justice.

Cour de cassation, 13.12.07, arrêt n° F.06.0065.N,
www.cass.be

Cour d'Appel de Gand, 27.01.09, 2008/AR/504,
www.juridat.be

IA/31851-A
IA/31851-B

[CHEE]

***Citoyenneté de l'Union européenne -
Dispositions du traité - Champ d'application
personnel - Enfant ressortissant d'un État
membre n'ayant pas exercé son droit de
circuler sur le territoire des États membres -
Exclusion***

Saisie d'un recours contre un jugement du Tribunal du Travail de Liège refusant l'octroi d'un revenu d'intégration sociale aux requérants, parents non ressortissants communautaires d'un enfant né en Belgique, parce que ceux-ci ne disposaient pas d'une autorisation de séjour en Belgique, la Cour du Travail de Liège a jugé que le principe consacré par l'arrêt Zhu et Chen (arrêt du 19 octobre 2004, C-200/02, Rec. p. I-9925) ne peut être appliqué à la situation d'un enfant belge résidant en Belgique en compagnie d'un parent étranger non citoyen de l'Union européenne.

Les requérants, tous deux originaires du Kazakhstan mais reconnus comme apatrides en Belgique, avaient sollicité l'obtention d'un revenu d'intégration sociale. Dès lors qu'ils n'étaient pas en possession d'un titre de séjour valable, les autorités belges leur avaient refusé une telle aide ; conformément à la législation belge applicable, en effet, en l'absence d'un titre de séjour valable, seul un hébergement dans un centre fédéral d'accueil peut être octroyé aux demandeurs.

En leur qualité de parents d'un enfant né en Belgique et ayant la nationalité belge, les requérants soutenaient que l'arrêt Zhu et Chen, précité, devait leur être appliqué dès lors qu'un de leurs enfants était citoyen européen.

La Cour du Travail de Liège a indiqué que "cet arrêt consacre le principe du droit au séjour sur le territoire d'un État membre du parent non citoyen de l'Union d'un enfant qui est, lui, citoyen de l'Union en raison de ce que l'enfant lui-même se voit reconnaître le droit au séjour sur le territoire de cet État membre parce qu'il

est couvert par une assurance maladie appropriée et qu'il dispose, grâce à son parent qui l'accompagne, de ressources suffisantes pour ne pas devenir une charge pour les finances publiques de l'État membre d'accueil".

Or, selon la Cour du Travail, ce principe ne peut être transposé à la situation qui est celle de l'enfant belge résidant en Belgique en compagnie d'un parent étranger non citoyen de l'Union, d'une part, parce que l'article 18 CE et la directive 90/364 sont étrangers à une telle situation et, d'autre part, parce que l'enfant belge d'un auteur non citoyen de l'Union ne tire nullement son droit au séjour sur le territoire belge de l'existence à son profit d'une assurance maladie et de ressources suffisantes.

Il convient de noter que, confronté à une affaire similaire impliquant un parent d'origine colombienne ayant travaillé en Belgique pendant plusieurs années, le Tribunal du Travail de Bruxelles a posé des questions préjudicielles à la Cour de justice (aff. C-34/09) relatives aux droits qui s'attachent à la citoyenneté européenne de l'enfant.

Cour du Travail de Liège (5e chambre),
21.01.09,
<http://jure.juridat.just.fgov.be>

IA/31852-A

[CREM]

Finlande

***Convention européenne des droits de l'homme -
Droit au respect de la vie privée et familiale -
Droit au mariage - Confirmation du
changement de sexe d'une personne
transsexuelle mariée - Législation nationale
excluant le mariage entre deux personnes de
même sexe - Violation des articles 8 et 12 de la
Convention - Absence***

Dans une décision du 3 février 2009, la korkein hallinto-oikeus (la Cour administrative suprême) a jugé que la loi sur la confirmation du sexe des personnes transsexuelles (563/2002) n'est pas contraire aux articles 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et 12 (droit au mariage) de la Convention. Cette loi prévoit que le mariage constitue pour une

personne transsexuelle un empêchement à la rectification de l'indication du sexe dans le registre d'état civil lorsque le conjoint de la personne ne donne pas son consentement. En présence de ce consentement, le mariage se transforme en partenariat enregistré.

En espèce, le requérant - un homme transsexuel - a interjeté un appel contre une décision du bureau d'enregistrement local rejetant sa demande concernant le changement de son numéro d'état civil et la confirmation de son appartenance au sexe opposé à celui figurant au registre d'état civil. La raison de ce rejet était que son conjoint n'avait pas donné son consentement au changement. La confirmation du changement de sexe d'une personne transsexuelle est possible si la personne en question n'est pas mariée, ne vit pas dans un partenariat enregistré ou bien si son conjoint ou partenaire donne son consentement. Le mariage entre deux personnes ayant le même sexe ne peut pas avoir lieu et à cet égard, le sexe inscrit au registre d'état civil est déterminant. Dans le cas d'espèce, les conjoints ne voulaient pas vivre dans un partenariat enregistré ou divorcer.

Appelée à se prononcer, la korkein hallinto-oikeus a rejeté le recours en constatant que le mariage en tant qu'institution juridique et sociale a une longue histoire. La question de savoir si le mariage unigendre devait être accepté est liée aux valeurs éthiques et religieuses et une telle question relève de la compétence législative. Le législateur a voulu garder le mariage en tant que relation entre un homme et une femme en permettant pourtant la transformation du mariage en partenariat enregistré ce qui équivaut juridiquement à un mariage, lors du changement de sexe du conjoint. La korkein hallinto-oikeus considère que l'adoption d'une telle solution législative ne dépasse pas la marge d'appréciation appartenant à l'État finlandais en vertu des articles 8 et 12 de la Convention et de la jurisprudence de la Cour EDH y relative. Une telle solution assure un juste équilibre entre, d'une part, la protection de la vie privée des personnes transsexuelles et, d'autre part, les valeurs et conceptions actuelles du droit de la famille. Ainsi, la circonstance que la législation ne permet pas aux conjoints de coopter la confirmation du changement de sexe dans le registre d'état civil et le maintien du

mariage ne constitue pas, selon la korkein hallinto-oikeus, une violation de leur droit à la vie privée et familiale garanti par la Convention et par la Constitution finlandaise.

Korkein hallinto-oikeus, décision du 03.02.09, KHO 2009:15, www.finlex.fi

1A/32128-A

[PSN]

France

Marchés publics - Avenant à un contrat de concession - Validation législative - Atteinte au droit à un procès équitable - Publicité et mise en concurrence

En janvier 1992, le ministre des transports a accordé à la société Autoroutes du Sud de la France un contrat de concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'un grand nombre d'autoroutes dont l'autoroute A89. Le 31 janvier 2006, un avenant à ce contrat a été conclu, sans publicité ni mise en concurrence préalable, afin de confier à la même société la réalisation et l'exploitation du tronçon de l'autoroute A89.

L'avenant a été contesté au motif que l'absence de publicité et de mise en concurrence était contraire aux dispositions de la loi du 29 janvier 1993, dite loi "Sapin", ainsi qu'aux directives communautaires des 18 juillet 1989 et 14 juin 1993, fixant un certain nombre de règles en matière de passation de marchés.

La loi du 1er mars 2006 relative à la réalisation de l'extension de l'autoroute A89 a expressément approuvé les termes de l'avenant. En effet, l'objectif recherché par le législateur visait à prémunir la réalisation du projet autoroutier en cause contre d'éventuels recours en annulation. Intervenue postérieurement à l'introduction des requêtes, la portée rétroactive de cette loi avait pour effet de faire obstacle à ce que la légalité des actes attaqués par ces requêtes puisse être utilement contestée devant le juge administratif. Le Conseil d'État a dès lors estimé que la loi du 1er mars 2006 était contraire à l'article 6, paragraphe 1, de la convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales, qui garantit le droit à

un procès équitable, dans la mesure où cette loi s'appliquait à des contentieux en cours. Quant aux motifs invoqués tenant en particulier à la nécessité d'assurer la réalisation du projet autoroutier dans les meilleurs délais, ils ne revêtaient pas un caractère impérieux d'intérêt général susceptible de justifier les atteintes ainsi portées au droit à un procès équitable.

Les dispositions de cette loi devant être écartées, le Conseil d'État a ensuite examiné ces contentieux au regard des dispositions applicables en matière de marchés publics, considérant que "des dispositions législatives qui auraient pour objet ou pour effet de soustraire au contrôle du juge des actes administratifs contraires au droit communautaire seraient elles-mêmes incompatibles avec les exigences qui découlent de l'application du droit communautaire".

L'avenant, signé sans publicité ni mise en concurrence préalable, était-il contraire aux dispositions de la directive communautaire du 18 juillet 1989, reprises par celles du 14 juin 1993, ainsi qu'à la loi du 29 janvier 1993?

Le Conseil d'État a d'abord relevé qu'un courrier de la Commission européenne indique expressément que la société délégataire avait été pressentie pour réaliser les travaux litigieux avant l'expiration du délai de transposition de la directive du 18 juillet 1989, c'est-à-dire avant que les dispositions de ce texte, prévoyant notamment une obligation de mise en concurrence et de publicité dans ce type de situation, ne soient applicables. Ce courrier, versé au dossier le 27 novembre 2008, après un premier examen de l'affaire à une précédente séance de jugement, a apporté un éclairage nouveau sur la question posée et permis à la Section du contentieux du Conseil d'État de constater que la Commission européenne elle-même avait estimé que l'avenant n'avait pas méconnu les obligations communautaires. Le Conseil d'État a donc estimé que l'avenant en cause n'avait pas méconnu les obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par les textes communautaires applicables.

Quant à la loi "Sapin", son article 47 prévoit que les mesures de publicité et de mise en concurrence auxquelles la passation des délégations de service public est soumise ne

s'appliquent pas lorsque, avant la date de publication de la loi, la collectivité publique a d'ores et déjà pressenti une entreprise et que celle-ci a, en contrepartie, engagé des études et travaux préliminaires. Relevant qu'en l'espèce, la société délégataire avait été expressément pressentie dès 1987 pour réaliser le tronçon d'autoroute litigieux et avait, en contrepartie, engagé des études et des travaux préliminaires, le Conseil d'État a estimé que l'avenant n'était pas contraire à la loi du 29 décembre 1993. Il a donc, en définitive, rejeté les requêtes.

Conseil d'État, 08.04.09, n° 290604,
www.conseil-etat.fr

IA/32029-A

[VMD]

Droits d'auteur - Protection - Limites - Sanctions prononcées par une autorité administrative indépendante - Pouvoirs de sanction consistant en la suspension de l'accès à internet - Violation de la liberté d'expression et de communication

Par sa décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, le Conseil constitutionnel a partiellement censuré la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet (dite "loi Hadopi"). La juridiction y affirme, notamment, que l'accès à internet entre dans le champ du droit constitutionnel de s'exprimer et communiquer librement.

Dans ce cadre, la juridiction relève que la liberté de communication et d'expression, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (ci-après "DDHC"), "implique" "en l'état actuel" des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, la liberté d'accéder à ces services. Or, les dispositions critiquées de la loi confient à la commission de protection des droits de la toute nouvelle Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI), qui n'est pas une juridiction, des pouvoirs de

sanction l'habilitant à restreindre ou empêcher l'accès à internet de titulaires d'abonnement ainsi que des personnes qu'ils en font bénéficiaire. Ces pouvoirs peuvent conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile. Dans ces conditions, eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de DDHC, le législateur ne peut, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les titulaires du droit d'auteur et de droits voisins. Ces pouvoirs ne peuvent être dévolus qu'à un juge.

Cette position de la juridiction constitutionnelle ne revient pas à affirmer que l'accès à internet est un droit fondamental. Affirmer la liberté d'accéder à internet ne revient pas à garantir à chacun un droit de caractère général et absolu d'y être connecté. La portée de la décision, sur ce point, consiste à affirmer que "en l'état actuel" les atteintes à la liberté d'accéder à internet s'analysent, au regard de la Constitution, comme des atteintes à la liberté de communication et d'expression, garantie par l'article 11 de la DDHC (voir Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 27). Cette décision constitutionnelle est à mettre en parallèle avec un amendement du "paquet Télécom", adopté le 6 mai dernier, quelques semaines avant le vote de la loi française, par le Parlement européen. Ce texte dispose que "aucune restriction ne peut être imposée aux droits et libertés fondamentaux des utilisateurs finaux sans décision préalable de l'autorité judiciaire, notamment conformément à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne concernant la liberté d'expression et d'information (...)".

Conseil constitutionnel, décision n° 2009-580 DC du 10.06.09, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, www.conseil-constitutionnel.fr

IA/32024-A

[NRY]

Concurrence - Conseil de la concurrence - Procédure - Autonomie à l'égard du droit judiciaire privé français et du droit

communautaire - Article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH - Recevabilité d'une preuve obtenue déloyalement mais soumise à contradiction

La Cour de cassation, dans un arrêt du 3 juin 2008 (qui a fait l'objet d'un commentaire dans *Reflets n° 3/2008*), avait énoncé que l'enregistrement d'une communication téléphonique, à l'insu de son auteur, constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve devant le Conseil de la concurrence, conformément à l'article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH. Ce faisant, elle étendait à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence la position que ses chambres civiles, commerciale et sociale adoptent dans les affaires qui leurs sont soumises, seule la chambre criminelle admettant qu'une partie soumette à l'appréciation du juge des preuves obtenues par un procédé déloyal pour assurer sa défense.

La Cour d'appel de Paris ne s'est toutefois pas conformée à cet arrêt. En effet, statuant sur renvoi après cassation, elle énonce, dans son arrêt du 29 avril 2009, que l'article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH "n'emporte en lui-même aucune conséquence quant à l'admissibilité des preuves, qui demeure régie par le droit national, mais exige seulement que la procédure, prise dans son ensemble, garantisse un procès équitable [; que,] au regard du droit communautaire, en l'absence d'une réglementation spécifique de la preuve, [...] tous les moyens de preuve que les droits procéduraux des États membres admettent sont recevables ; que les infractions aux articles 81 et 82 du traité CE peuvent être établies par tout moyen ; que les dispositions du code de procédure civile, qui ont essentiellement pour objet de définir les conditions dans lesquelles une partie peut obtenir du juge une décision sur le bien-fondé d'une prétention dirigée contre une autre partie et reposant sur la reconnaissance d'un droit subjectif, ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence qui, dans le cadre de sa mission de protection de l'ordre public économique, exerce des poursuites à des fins répressives le conduisant à prononcer des sanctions punitives ; [...] qu'il en résulte que, devant le Conseil de la concurrence, l'admissibilité d'un élément de preuve recueilli

dans des conditions contestées doit s'apprécier au regard des fins poursuivies, de la situation particulière et des droits des parties auxquelles cet élément de preuve est opposé".

Or, en l'espèce, la Cour d'appel relève que les personnes dont les propos ont fait l'objet d'un enregistrement secret n'ont pas protesté contre la déloyauté du procédé, ni émis de doute sur l'authenticité des enregistrements, ni contesté la teneur des entretiens. Elles n'ont même pas renié leurs propos ou insinué qu'elles en auraient tenu d'autres si elles avaient su être enregistrées. Au contraire, les personnes concernées ont confirmé et explicité les propos enregistrés en apportant des preuves supplémentaires. En outre, tous les propos enregistrés portaient sur des sujets professionnels, sans aucune référence à l'intimité de la vie privée. Par ailleurs, les personnes concernées ont eu connaissance de ces pièces, elles ont été en mesure d'en discuter non seulement la nature, mais aussi le contenu et encore d'apporter des éléments de preuve contraires. Selon la Cour d'appel, ces personnes, qui ont ainsi disposé de toute latitude pour combattre les éléments à charge dans le cadre d'un débat contradictoire, n'ont fait la preuve d'aucune atteinte concrète au droit à un procès équitable, au principe du contradictoire ou aux droits de la défense.

En conséquence, selon la Cour d'appel, c'est à juste titre que le Conseil de la concurrence, "qui bénéficie d'une autonomie procédurale tant à l'égard du droit judiciaire privé national qu'à l'égard du droit communautaire, a retenu, en se fondant sur sa mission de protection de l'ordre public économique, sur le caractère répressif de ces poursuites conduisant au prononcé de sanctions pécuniaires et sur l'efficacité qui en est attendue, que les enregistrements en cause, qui étaient produits par la partie saisissante et non par les enquêteurs ou le rapporteur, ne pouvaient être écartés au seul motif qu'ils avaient été obtenus de façon prétendument déloyale, qu'ils étaient recevables dès lors qu'ils avaient été soumis à la contradiction et qu'il lui appartenait seulement d'en apprécier la valeur probante".

Cour d'appel de Paris, 1ère ch. H, 29.04.09, n° 2008/11907,

www.legifrance.gouv.fr

IA/32027-A

[THF]

Rapprochement des législations - Responsabilité du fait des produits défectueux - Directive 85/374 - Application dans le temps - Régime jurisprudentiel national, mis en place en 2003, de responsabilité sans faute prévoyant une responsabilité du service public hospitalier plus extensive - Incompatibilité dudit régime, malgré le caractère rétroactif par essence des règles jurisprudentielles nouvelles

Une victime d'un accident ayant entraîné une fracture fermée du tibia avait été opérée le jour même dans un centre hospitalier en vue de la réduction de ces fractures par enclouage. Cependant, elle dut subir une nouvelle intervention en raison de la rupture du clou initialement implanté, ce matériel étant défectueux. Cette victime, à qui le centre hospitalier avait transmis les coordonnées du producteur du matériel défectueux, a toutefois recherché la responsabilité sans faute de l'établissement de soins, en invoquant le régime jurisprudentiel institué par un arrêt du Conseil d'État n° 220437 du 9 juillet 2003 et selon lequel, sans préjudice d'éventuels recours en garantie, le service public hospitalier est responsable, même en l'absence de faute de sa part, des conséquences dommageables pour les usagers de la défaillance des produits et appareils de santé qu'il utilise.

Le Tribunal administratif de Toulouse, saisi par ladite victime, rappelle qu'aux termes de l'article 1er de la directive du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, transposé à l'article 1386-1 du code civil, "le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit". Aux termes de l'article 3 de la même directive, transposé à l'article 1386-7 du code civil, "si le producteur du produit ne peut être identifié, chaque fournisseur en sera considéré comme producteur, à moins qu'il n'indique à la victime, dans un délai raisonnable, l'identité du producteur ou de celui qui lui a fourni le produit". L'article 13 de la directive dispose que "la présente directive ne porte pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité

contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité existant au moment de la notification de la présente directive" (soit le 30 juillet 1985).

Selon le Tribunal administratif de Toulouse, il résulte de ces dispositions, telles qu'interprétées par la Cour de justice par trois arrêts, respectivement du 25 avril 2002, Commission / France, C-52/00, Rec. p. I-3827, du 10 janvier 2006, Skov et Bilka, C-402/03, Rec. p. I-199 et du 14 mars 2006, Commission / France, C-177/04, Rec. p. I-2461, que l'article 3, paragraphe 3, de la directive ne prévoit la responsabilité du fournisseur que dans l'hypothèse où le producteur ne peut pas être identifié et que l'article 13 de la directive ne saurait être interprété comme laissant aux États membres la possibilité de maintenir un régime général de responsabilité du fait des produits défectueux différent de celui prévu par la directive. Toutefois, la référence, audit article 13, aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre d'un régime spécial de responsabilité existant au moment de la notification de la directive permet de maintenir un régime propre, limité à un secteur déterminé de production, dans la mesure où ce régime était en vigueur le 30 juillet 1985.

Or, selon le Tribunal administratif de Toulouse, si le régime spécial de responsabilité institué par l'arrêt du Conseil d'État est distinct du régime général de responsabilité du fait des produits défectueux dont les principes résultent de la directive communautaire, en ce qu'il s'applique à un secteur déterminé de production, à savoir les produits de santé utilisés par le service public hospitalier, ce régime, qui n'a été mis en place qu'en 2003, ne saurait être regardé comme existant au moment de la notification de ladite directive, soit le 30 juillet 1985. Ainsi, bien qu'une règle jurisprudentielle nouvelle soit réputée, par essence, révéler un état de droit censé avoir toujours existé, le Tribunal administratif de Toulouse considère que ce caractère rétroactif "n'est pas de nature à remettre en cause cette appréciation".

En conséquence, le centre hospitalier ayant fourni au patient les coordonnées dudit producteur, la requête du patient, dirigée contre le centre hospitalier, a été rejetée par le Tribunal administratif de Toulouse.

Tribunal administratif de Toulouse, 30.12.08, n° 54778, www.legifrance.gouv.fr

IA/32028-A

[THF]

Concurrence - Conseil de la concurrence - Procédure d'engagements - Respect du principe de la contradiction - Évaluation préliminaire - Qualification pénale au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme

La procédure dite d'engagements est régie par le règlement n° 1/2003 du Conseil, autorisant la Commission à rendre obligatoires des engagements pris par les entreprises pour répondre aux préoccupations de concurrence relevées par la Commission dans son évaluation préliminaire (v. arrêt du 11 juillet 2007, Alrosa, T-170/06, Rec. p. II-2601) et prévoyant que les autorités de concurrence des États membres peuvent, par décision, "accepter des engagements" (v. à cet égard, en droit français, l'article L. 464-2 du code de commerce).

Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, le Conseil de la concurrence (ci-après "le Conseil"; v. également rubrique "législation" relative à la nouvelle "Autorité de la concurrence") avait été saisi par Canal 9, société exploitante d'une radio locale, qui se plaignait de n'avoir pu adhérer à un groupement d'intérêt économique (GIE) créé par d'autres radios. Le Conseil, après avoir identifié des "préoccupations de concurrence" relatives aux conditions d'adhésion au GIE, a accepté les engagements présentés par ledit GIE, leur a donné force exécutoire et a mis fin à la procédure. Après rejet par la cour d'appel de Paris de son recours en annulation ou réformation de la décision du Conseil, Canal 9 a saisi la Cour d'un pourvoi soumettant, pour la première fois, certains aspects de la procédure d'engagements au contrôle de la chambre commerciale.

Dans un premier moyen, le pourvoi soutenait que la procédure d'engagements relevait de la matière pénale au sens de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, imposant une séparation des fonctions d'instruction et de jugement. Elle invoquait une violation de ce texte pour contester la pratique du Conseil consistant à associer le collègue - appelé à accepter ou non les engagements proposés par une entreprise - à la discussion entre l'entreprise et le rapporteur du Conseil chargé de l'évaluation préliminaire. La Cour a approuvé sur ce point l'arrêt attaqué et a retenu que cette évaluation préliminaire à laquelle procède le rapporteur en application de l'article R. 464-2 du code de commerce, a pour objet d'identifier des préoccupations de concurrence susceptibles de constituer une pratique anticoncurrentielle, afin qu'il y soit, le cas échéant, remédié, et qu'elle ne constitue pas un acte d'accusation au sens de l'article 6, paragraphe 1 précité. Le fait pour le Conseil d'avoir, avant d'apprécier la pertinence des engagements pris par le GIE et de leur donner force exécutoire, pris une part active aux discussions sur les engagements tient au caractère négocié de cette phase de la procédure et ne caractérise pas une immixtion du Conseil dans l'instruction de l'affaire.

Le second moyen concernait l'accès au dossier par les parties à la procédure d'engagements, Canal 9 invoquant une violation du principe de la contradiction, n'ayant pas eu accès à deux documents soumis au rapporteur ou au Conseil. La Cour a indiqué que, lorsque la procédure d'engagements est mise en œuvre, les parties à la procédure doivent, sous réserve des dispositions relatives au secret des affaires, avoir accès à l'intégralité des documents sur lesquels s'est fondé le rapporteur pour établir l'évaluation préliminaire et à l'intégralité de ceux soumis au Conseil pour statuer sur les engagements. La Cour a prononcé une cassation pour défaut de base légale en reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir recherché, au besoin en ordonnant la communication par le Conseil des deux documents litigieux, si le défaut de communication de ces pièces avait porté atteinte aux intérêts de la partie saisissante.

Cour de cassation, chambre commerciale, arrêt du 04.11.08, n° 07-21.275,
www.legifrance.gouv.fr

1A/32026-A

[HYC]

Italie

Responsabilité de l'État - Demande d'indemnisation des dommages causés à la santé du fait de l'installation des armes nucléaires par les États-Unis - Actes iure imperii - Immunité d'État - Incompétence du juge italien

Par ordonnance du 25 février 2009, la Cour de cassation, en Chambres réunies, s'est prononcée sur la demande de vérification de la légitimité de l'installation, faite par les États-Unis en Italie, des armes nucléaires et sur la conséquente demande d'indemnisation des dommages éventuellement causés à la santé des personnes résidant sur le territoire des installations.

Le recours avait été introduit par des particuliers contre les États-Unis devant le Tribunal de Pordenone pour demander l'élimination des installations et l'indemnisation des potentiels dommages à la santé.

À cette occasion, les États-Unis ont formé un recours en cassation pour demander la vérification de la compétence des juges italiens pour décider de l'affaire.

La Cour de cassation a dû en substance se prononcer, d'une part, sur la possibilité pour le Tribunal italien de se prononcer sur la légitimité ou pas des actes accomplis par un État étranger, d'autre part, sur la possibilité pour ledit juge de condamner l'État étranger à l'élimination desdits actes.

Le raisonnement de la Cour part de la considération que les installations avaient été effectuées dans l'intérêt commun des deux pays, l'Italie et les États-Unis, ainsi que celui des autres pays de l'OTAN, afin de protéger leur souveraineté. Elle constate que les actes en question ont été accomplis dans l'exercice de pouvoirs souverains des États-Unis, ainsi qu'en

vertu du traité de l'Atlantique Nord, ratifié en Italie par la loi n. 1335 du 30 novembre 1955.

Par conséquent, la Cour décide qu'il s'agit d'actes "*iure imperii*", à savoir d'actes constituant une manifestation immédiate et directe de l'exercice de la puissance publique.

En faisant référence à sa propre jurisprudence (Corte di Cassazione, arrêts du 11.03.04, n. 5044, Ferrini, et du 29.05.08, n.14199) et à la jurisprudence internationale, la Cour confirme que, en vertu du principe de l'immunité d'État, les juges d'un État ne peuvent pas exercer leur juridiction à l'encontre des États étrangers pour les actes accomplis *iure imperii*.

À ce propos, elle ajoute qu'on ne peut pas déroger à ce principe en cas d'actes *iure imperii*, lesquels, même si potentiellement capables à léser ou mettre en danger la vie, l'intégrité physique et la santé des citoyens de l'État d'accueil, ne constituent pas des crimes contre l'humanité.

En rappelant la jurisprudence internationale qui, ayant appliqué le principe d'immunité d'État, la Cour italienne écarte la possibilité de considérer l'activité des États-Unis comme des comportements constituant des crimes contre l'humanité.

En conclusion, la Cour de cassation se prononce en faveur de l'application du principe de l'immunité d'État et de la conséquente incompétence du juge italien à décider de l'affaire.

Corte di Cassazione, ordonnance du 25.02.09, n° 4461, www.cortedicassazione.it.

IA/31479-A

[VBAR]

N.B. Voir, à propos d'immunité d'État, Cour de cassation arrêts du 29.05.08, n.14199-14212, *Reflets n° 3/2008*, p. 23.

Visas, asile et immigration - Politique d'immigration - Droit au regroupement familial - Existence d'un signalement négatif

dans le système informatif Schengen à l'encontre d'un ressortissant d'un pays tiers marié avec une ressortissante communautaire - Refus de visa - Insuffisance de la motivation fondée exclusivement sur l'existence d'un signalement SIS - Impossibilité de demander au juge l'octroi du visa, malgré le vice de motivation de l'acte de refus, à défaut d'éléments de preuve de l'absence de fondement dudit signalement

La Cour de cassation s'est prononcée sur le refus d'octroyer un visa au conjoint extracommunautaire d'une citoyenne italienne, fondé sur l'existence dans le système informatique de Schengen (ci-après le système "SIS") d'un signalement négatif à l'encontre dudit conjoint, ressortissant d'un pays tiers.

En particulier, ladite Cour devait trancher la question de savoir si un acte de refus de visa à une personne exerçant son droit au regroupement familial pouvait se fonder exclusivement sur l'existence du signalement SIS, ou bien s'il était nécessaire d'examiner l'existence d'une menace grave, effective et actuelle causée par la personne concernée. À cette fin, elle a invoqué l'arrêt de la Cour de justice du 31 janvier 2006, Commission/Espagne, (C-503/03, Rec. p. I-1097), dans lequel il avait été jugé que le simple signalement Schengen n'était pas suffisant pour interdire à un ressortissant extracommunautaire d'entrer sur le territoire d'un État membre, en l'absence dans son chef de comportements graves, actuels et troublant effectivement l'ordre et la sécurité publique.

En conformité avec cette jurisprudence, la Cour de cassation a jugé que la motivation de l'acte de refus de visa, fondée exclusivement sur l'existence du signalement SIS, ne pouvait pas être considérée comme suffisante. Pourtant, la demande tendant à ce que le juge ordonne l'octroi dudit visa, présentée en vertu de l'article 30, paragraphe 6, du décret législatif n° 286/1998 (loi sur l'immigration), qui attribue aux immigrés auxquels un visa était refusé le droit d'exercer un recours afin d'obtenir une déclaration judiciaire qui ordonne à l'administration compétente de l'octroyer, ne pouvait pas être accueillie, en l'absence des éléments de preuve établissant que les conditions d'introduction d'un signalement dans

le système SIS n'étaient pas réunies. À cet égard, le requérant aurait eu l'obligation de recueillir les informations et les documents qui le concernent auprès de l'administration compétente et de les joindre à sa demande.

L'arrêt constitue un des rares cas d'interprétation de la valeur du signalement SIS aux fins du refus de l'admission d'un ressortissant extracommunautaire sur le territoire italien. La jurisprudence précédente était, en fait, controversée, s'agissant de la question de savoir si ledit signalement peut avoir des effets automatiques ou s'il est nécessaire de procéder à une évaluation au cas par cas du bien-fondé de celui-ci, et notamment de l'existence d'une menace actuelle, grave et effective.

Corte di cassazione, arrêt du 14.11.08, affaire n. 27224. Varano / Ministero degli affari esteri, www.cortedicassazione.it

IA/31475-A

[MSU]

Lituanie

Droit constitutionnel - Mandat du président de la Cour suprême - Possibilité de prolonger un mandat expiré - Exclusion - Obligation du Parlement de révoquer le président de la Cour suprême après l'expiration de son mandat

Dans un arrêt du 15 mai 2009, le Konstitucinis Teismas (Cour constitutionnelle), saisi par le Président de la République, s'est prononcé sur la question de savoir si la durée du mandat du président de la Cour suprême pouvait être prolongée ainsi que sur la question des limites du mandat parlementaire libre.

Selon la Constitution, les juges sont relevés de leurs fonctions à l'expiration de leur mandat. La Constitution prévoit également que les juges à la Cour suprême, et leur président qui en est issu, sont nommés et révoqués par le Seimas (Parlement de la République) sur proposition du Président de la République.

Cependant, le Seimas avait rejeté, à plusieurs reprises, la proposition du Président de la République de révoquer le président de la Cour suprême dont le mandat avait expiré, en

prétendant que le mandat parlementaire libre permettait au Seimas de décider à son gré de révoquer ou ne pas révoquer ledit juge. En conséquence, le président de la Cour suprême est resté en fonctions malgré l'expiration de son mandat depuis plus d'une année.

Le Konstitucinis Teismas a décidé que dans des cas où, conformément à la procédure prévue par la loi, le Président de la République soumet une proposition au Seimas de relever le président de la Cour suprême ou des présidents des sections de la Cour suprême (section des affaires civiles ou celle des affaires pénales) de leurs fonctions en raison de l'expiration de leur mandat ou du fait qu'ils ont atteint l'âge de la retraite fixé par la loi, le Seimas est obligé de les révoquer et aucune circonstance ne peut justifier une décision différente. Le devoir des parlementaires d'agir en conformité avec la loi ne peut être interprété comme une limite à la liberté de leur mandat.

Le Konstitucinis Teismas a souligné que la durée du mandat du juge ne peut pas dépendre de décisions futures des autorités de sa nomination. Une réglementation juridique qui prévoit la possibilité de prolonger la durée du mandat expiré d'un juge (indépendamment de la durée de la prolongation et de la juridiction dont relève ce juge) risque de faire peser sur ce dernier la menace de tentatives d'influence - directe ou indirecte - pour qu'il rende, dans des affaires qu'il juge, des jugements favorables aux personnes dont dépendra ladite prolongation. Cette réglementation juridique est contraire au principe de l'indépendance des juges et des tribunaux.

Le Konstitucinis Teismas a également constaté que la Constitution autorise le juge dont le mandat a expiré de continuer à exercer ses fonctions jusqu'à ce que les affaires qui étaient en cours au moment (le jour) de l'expiration de son mandat de juge soient jugées. Le Konstitucinis Teismas a estimé que, dans le cas contraire, le traitement des affaires et donc également le rendement de la justice seraient ralentis, ce qui nuirait aux droits et intérêts légitimes des justiciables.

Le Konstitucinis Teismas a constaté que ladite exception à l'interdiction générale de prolonger le mandat expiré du juge ne peut cependant pas

être interprétée comme pouvant justifier la prolongation de la durée du mandat du président de la Cour suprême ou des présidents des sections de la Cour suprême.

Le président de la Cour suprême (ou celui d'une section de cette Cour), dont le mandat a expiré de facto mais qui n'a pas été révoqué de jure, ne peut pas être considéré comme possédant le mandat du président de la Cour suprême (ou d'un président d'une section de cette Cour). En revanche, il peut continuer à exercer des fonctions de juge si son mandat de juge n'a pas expiré.

Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas,
arrêt du 15.05.09, n° 13/04-21/04-43/04,
www.lrkt.lt

IA/31664-A

[LSA] [VNEK]

Pays-Bas

Dispositions fiscales - Harmonisation des législations - Taxes sur le chiffre d'affaires - Système commun de taxe sur la valeur ajoutée - Remboursement de la taxe aux assujettis non établis à l'intérieur du pays - Article 26 de la sixième directive 77/388 - Agence de voyages

Dans un arrêt du 15 mai 2009, le Hoge Raad (Cour Suprême) s'est prononcé sur la question de savoir si l'article 26 de la sixième directive 77/388, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires (ci-après la "sixième directive") s'oppose au droit à déduction de la TVA aux Pays-Bas au profit d'une agence de voyages, établie dans un autre État membre et ne fournissant pas de services aux Pays-Bas.

L'affaire concernait une agence de voyages (ci-après l'"agence") établie en Allemagne et soumise au système allemand de la TVA, correspondant au régime particulier des agences de voyages prévu à l'article 26 de la sixième directive. L'agence organisait des vacances à forfait aux Pays-Bas. Elle assurait pour ses clients, en son propre nom et pour son compte, le transport, le logement, la nourriture, les boissons et l'animation. Par conséquent, elle

utilisait fréquemment, pour la réalisation de ces voyages, des livraisons et des prestations de services d'entrepreneurs établis aux Pays-Bas, qui lui facturaient la TVA. Au titre de l'article 33, paragraphe 3, de la loi relative à la taxe sur le chiffre d'affaires (ci-après la "loi"), elle a demandé le remboursement de la TVA payée par elle aux entrepreneurs néerlandais. Celui-ci lui a été refusé.

La Cour d'appel de 's-Hertogenbosch avait jugé que, en principe, l'agence avait invoqué l'article 26, paragraphe 2, de la sixième directive, selon lequel les opérations effectuées par une agence pour la réalisation de voyages sont considérées comme une prestation de services unique de l'agence au voyageur. En vertu de cet article, l'agence devait être imposée en Allemagne, où elle avait établi le siège de son activité économique à partir duquel elle avait fourni la prestation de services. Ensuite, la Cour d'appel

avait jugé que l'agence n'avait pas droit à une déduction de la TVA en Allemagne, étant donné qu'elle était soumise à un système qui correspondait à celui de l'article 26 de la sixième directive. Faisant référence à la jurisprudence de la Cour de Justice dans les affaires *Debouché* (arrêt de la Cour du 26 septembre 1996, C-302/93, Rec. p. I-4495) et *Transáfrica* (arrêt de la Cour du 15 décembre 1994, C-136/93, Rec. p. I-5757), la Cour d'appel a décidé que, dès lors que l'agence avait, en principe, invoqué l'article 26 de la sixième directive, il était clair qu'elle n'avait pas le droit de déduire la TVA payée dans un autre État membre, tel que, en l'espèce, les Pays-Bas. Par conséquent, l'autorité compétente avait à bon droit refusé le remboursement de la taxe payée aux Pays-Bas.

Le Hoge Raad a annulé la décision de la Cour d'appel de 's-Hertogenbosch, après avoir constaté que la sixième directive n'était pas correctement transposée dans la loi néerlandaise et que cette circonstance ne pouvait aucunement être opposée à l'agence. En effet, la loi prévoyait que chaque entrepreneur, indépendamment de son lieu d'établissement ou du lieu de la prestation de services, avait droit à la déduction de la TVA. La loi ne connaissait pas de disposition similaire à l'article 26, paragraphe 4, de la sixième directive, prévoyant

que les montants de la TVA qui sont portés en compte à l'agence de voyages par d'autres assujettis pour les opérations telles que celles en cause en l'espèce et qui profitent directement au voyageur ne sont ni déductibles ni remboursables dans aucun État membre.

Hoge Raad, 15.05.09, X GmbH/ Staatssecretaris van Financiën, www.rechtspraak.nl, LJN BB0626

IA/31860-A

[SJN]

Pologne

Coopération policière et judiciaire en matière pénale - Loi nationale autorisant le Président de la République à déposer une déclaration sur la reconnaissance de la compétence de la Cour en vertu de l'article 35 UE - Possibilité pour toute juridiction nationale de saisir la Cour - Violation du droit constitutionnel d'avoir sa cause entendue dans un délai raisonnable - Absence

La Cour constitutionnelle polonaise (assemblée plénière) a décidé, le 18 février 2009, que la loi du 10 juillet 2008 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 à la Constitution. La Cour avait été saisie par le Président de la République dans le cadre du contrôle préventif de constitutionnalité. Selon la requête, la possibilité pour toute juridiction polonaise d'effectuer un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice (art. 35, par. 3, point b), UE) serait contraire au droit d'avoir sa cause entendue par un tribunal sans retard excessif (art. 45, al. 1, de la Constitution).

Dans son arrêt, la Cour a jugé qu'un recours du juge national à la procédure préjudicielle, permettant d'éliminer ses doutes quant à la validité ou l'interprétation des actes visés à l'article 35, paragraphe 1, UE, ne peut pas être considéré comme entraînant un "retard excessif" au sens de l'article 45, alinéa 1, de la Constitution. Dans ce contexte, la Cour a notamment mis en exergue l'existence dans le droit procédural interne du mécanisme des

questions de droit auprès des hautes juridictions polonaises, mécanisme dont les objectifs sont analogues à ceux des questions préjudicielles devant la Cour de justice et dont la constitutionnalité n'a jamais été contestée. La Cour a souligné que la procédure préjudicielle favorise la prise par les juridictions nationales de décisions régulières, en tenant compte de l'interprétation et de l'évaluation de la validité des actes de l'UE effectués par la Cour de justice. Les parties ont le droit d'avoir leur cause entendue sans retard mais également le droit à une décision judiciaire régulière. La réalisation de ce premier droit ne peut pas se faire au détriment de l'interprétation et de l'application correcte des normes juridiques.

En évaluant une influence de la procédure préjudicielle prévue à l'article 35 UE sur la procédure nationale et la protection des droits de l'homme, la Cour a souligné que l'analyse des décisions préjudicielles de la Cour de justice rendues dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale démontre que ladite procédure préjudicielle contribue à renforcer la protection de ces droits. De plus, elle a noté que la possibilité ouverte à toute juridiction de saisir la Cour de justice peut bénéficier au règlement expéditif des affaires et aux droits des parties dans la mesure où elle permet d'éliminer des doutes quant à la validité ou l'interprétation des actes de l'UE dans le cadre de la procédure devant une juridiction inférieure, sans qu'il soit nécessaire d'utiliser des voies de recours juridictionnel pour arriver devant une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours.

En outre, la Cour constitutionnelle a conclu, sur la base des statistiques concernant les questions préjudicielles soumises à la Cour de justice par les juridictions polonaises et celles introduites dans le domaine du troisième pilier de l'UE, que l'ouverture de la possibilité de saisir la Cour de justice à toute juridiction polonaise ne semble pas pouvoir entraîner des demandes préjudicielles fréquentes et, par conséquent, le prolongement "massif" des procédures pénales nationales.

Enfin, en réponse au grief tenant à la durée de la procédure préjudicielle devant la Cour de justice, la Cour constitutionnelle a observé,

notamment, l'instauration d'une procédure préjudicielle d'urgence applicable aux renvois relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Cette nouvelle procédure, ainsi que la procédure préjudicielle accélérée, ont permis de raccourcir de façon importante des délais dans lesquels les affaires sont réglées devant la Cour de justice.

Trybunał Konstytucyjny, arrêt du 18.02.09, Kp 3/08, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego: zbiór urzędowy, Seria A, 2009, Nr 2, poz. 9

IA/31654-A

[MSIE]

République tchèque

Droit communautaire - Primauté et effet direct - Conflit entre le droit communautaire et une loi nationale - Obligations et pouvoirs du juge national saisi - Non-application de la norme nationale - Incapacité du juge national d'introduire une demande d'abrogation d'une législation considérée contraire au droit communautaire devant la Cour constitutionnelle

En rejetant la demande d'abrogation d'une disposition légale introduite par la cour municipale de Prague, l'Ústavní soud (Cour constitutionnelle) s'est prononcé sur la capacité des juridictions ordinaires d'introduire une demande d'abrogation d'une législation considérée contraire au droit communautaire.

Dans le cadre du litige entre l'entreprise assurant le réseau des communications électroniques et le Conseil pour la radiodiffusion devant la cour municipale de Prague, la question s'est posée de la conformité avec la Constitution et avec le droit communautaire de la disposition légale excluant l'attribution d'une licence pour l'exercice de la radiodiffusion numérique à une entreprise assurant le réseau des communications électroniques. La cour municipale de Prague s'étant ainsi adressée à la Cour constitutionnelle, il s'agit, en l'espèce, du contrôle concret de la constitutionnalité. En effet, en vertu de l'article 95, paragraphe 2, de la Constitution, si une juridiction arrive à la conclusion que la loi qui

doit être appliquée à la solution de l'affaire est contraire à l'ordre constitutionnel, elle transmet la question à la Cour constitutionnelle.

En rappelant sa jurisprudence en matière de contrôle concret de la constitutionnalité en cas d'incompatibilité présumée de la disposition attaquée avec le droit communautaire (voir *Reflets* n° 1/2007, IA/28722-A), l'Ústavní soud a relevé qu'une juridiction ordinaire constatant clairement dans sa demande d'abrogation - outre l'inconstitutionnalité de la disposition en cause - une incompatibilité de la disposition attaquée avec le droit communautaire est tenue de procéder en premier lieu conformément aux exigences telles que développées par la Cour de justice dans son arrêt du 9 mars 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, bien que la juridiction ne soulève pas, devant la Cour constitutionnelle, d'éléments relatifs à ladite incompatibilité et que son argumentation est centrée sur la violation des dispositions constitutionnelles.

Selon l'Ústavní soud, tout dépend de la juridiction saisie: soit elle traite en priorité la question d'incompatibilité de la disposition en cause avec le droit communautaire, soit elle s'oriente vers l'examen de la conformité avec l'ordre constitutionnel tchèque. Dans l'hypothèse où la juridiction ordinaire se concentre sur l'examen de conformité avec le droit communautaire, en soutenant devant la Cour constitutionnelle que la disposition légale en cause est incompatible avec ce dernier, elle est tenue d'en tirer les conséquences découlant des exigences de la jurisprudence susmentionnée, à savoir l'inapplication de la disposition litigieuse. À cet égard, l'Ústavní soud se réfère également à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande.

Toutefois, dans une telle hypothèse, la demande d'abrogation n'est pas dirigée contre une disposition légale devant être appliquée à la solution de l'affaire au sens de l'article 95, paragraphe 2, de la Constitution. Il s'ensuit que la juridiction en tant que partie demanderesse ne remplit pas les conditions relatives à la capacité d'introduire une demande d'abrogation d'une réglementation considérée contraire à l'ordre constitutionnel tchèque.

Cette conclusion acceptant la primauté du droit communautaire telle que développée par la jurisprudence de la Cour de justice ne crée aucune inégalité de traitement procédurale injustifiée qui, compte tenu de la jurisprudence de l'Ústavní soud exigeant qu'aucune modification de la Constitution ne peut être interprétée d'une façon qui conduirait à une altération du niveau procédural de la protection des droits et libertés fondamentaux, porterait atteinte aux principes fondamentaux immuables de la Constitution tchèque.

*Ústavní soud, résolution du 02.12.08, Pl. ÚS 12/08, disponible sur l'url suivante: <http://nalus.usoud.cz>,
version anglaise disponible sur l'url suivante: http://angl.concourt.cz/angl_verze/doc/pl-12-08.php*

IA/32201-A

[PES]

Royaume-Uni

Libre circulation des personnes - Directive 2004/38 relative au droit de libre circulation et de séjour sur le territoire des États membres - Dérogations - Raisons d'ordre public - Expulsion d'un ressortissant communautaire ayant une prédisposition au crime violent - Justification au vu de la menace pour l'ordre public

Par un arrêt rendu le 11 juillet 2008, la Court of Appeal a confirmé la décision du ministre de l'Intérieur d'expulser un ressortissant néerlandais ayant commis plusieurs délits de violence au Royaume-Uni. La juridiction d'appel a estimé que sa propension au crime violent constitue une menace réelle, actuelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société, pour justifier son expulsion.

Le requérant, un ressortissant néerlandais d'origine somalienne, est arrivé au Royaume-Uni en 2001 à l'âge de 16 ans, accompagné par sa mère et quatre frères et sœurs. Dès son arrivée, il a passé la plupart de son temps à commettre des crimes et à purger des peines de prison. Il a notamment été condamné à une peine d'emprisonnement de trois ans pour vol

aggravé, ce qui a conduit au prononcé, en juillet 2006, d'un arrêté d'expulsion à son encontre par le ministre de l'Intérieur.

Vu la gravité des infractions, leur fréquence et leur multiplicité, le ministre a considéré que le requérant posait une menace à un intérêt fondamental de la société et que son expulsion était justifiée sur la base de l'article 27, paragraphe 2, de la directive 2004/38 relative au droit de libre circulation et de séjour des citoyens communautaires. Le requérant a contesté la décision, en soutenant que, après avoir séjourné sur le territoire du Royaume-Uni pendant cinq ans, il avait acquis un droit au séjour permanent.

Sans estimer nécessaire d'effectuer un renvoi préjudiciel à la Cour de justice, la Court of Appeal a jugé que la protection des membres de la société contre les crimes de violence constitue sûrement un intérêt fondamental de cette société au sens de l'article 27, paragraphe 2, de la directive 2004/38. Puisque le requérant représentait une menace pour cet intérêt fondamental, du fait de sa propension à commettre de tels délits, la question était de savoir si la décision d'expulsion était justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi.

La Court of Appeal a estimé, à cet égard, que l'idée maîtresse ayant précédé à l'adoption de la directive 2004/38 a été de rendre difficile l'expulsion d'un citoyen communautaire sur la base de délits de malhonnêteté, tout en admettant qu'il en irait autrement dans le cas de délits de violence. Relevant qu'aucun essai n'a été réalisé au niveau communautaire pour adopter des règles précisant le degré de violence justifiant une mesure d'expulsion, la Court of Appeal a constaté que les États membres disposent encore d'un certain pouvoir d'appréciation en la matière. En droit anglais, le crime de vol aggravé est passible d'une peine maximale d'emprisonnement à vie et peut, dès lors, être qualifié comme suffisamment caractérisé pour justifier une mesure d'expulsion.

Quant à la proportionnalité de la mesure d'expulsion, la juridiction d'appel a estimé que les circonstances de l'espèce n'étaient pas de nature à rendre l'expulsion disproportionnée. Le requérant était en effet un homme célibataire

de 21 ans maîtrisant la langue néerlandaise après avoir passé 14 années au Pays-Bas et n'étant pas à la charge de sa famille.

Court of Appeal (Civil Division), arrêt du 11.07.08, HB v Secretary of State for the Home Department [2008] 3 CMLR 24, www.bailii.org.

IA/31289-A

[PE] [AMRE]

Libre circulation des personnes - Directive 2004/38 relative au droit de libre circulation et de séjour sur le territoire des États membres - Droit de séjour des membres de la famille d'un citoyen de l'Union étant à sa charge ou faisant partie de son ménage - Notion - Conséquences de l'arrêt Metock

Dans un arrêt du 19 février 2009, la Court of Appeal s'est prononcée sur les conséquences à tirer de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire Metock (arrêt du 25 juillet 2008, C-127/08, non encore publié), qui a constaté l'incompatibilité avec le droit communautaire d'une loi subordonnant le droit de séjour d'un ressortissant de pays tiers, membre de la famille d'un citoyen de l'Union, à la condition qu'il ait au préalable séjourné légalement dans un autre État membre.

La Court of Appeal avait été saisie de quatre appels joints introduits par des ressortissants indiens et sri-lankais, chacun d'entre eux ayant un lien familial avec un citoyen de l'Union. Ils ont tous demandé un droit de séjour au Royaume-Uni en qualité de "membre de la famille" ou "autre membre de la famille" d'un citoyen de l'Union au sens respectivement des articles 2, paragraphe 2, et 3, paragraphe 2, a), de la directive 2004/38 relative au droit de libre circulation et de séjour des citoyens communautaires.

Ces demandes ont été rejetées par le ministre de l'Intérieur, qui s'est fondé sur la jurisprudence nationale antérieure à l'arrêt Metock pour insister sur l'existence du lien familial en question entre le demandeur et le citoyen de l'Union avant l'arrivée du dernier au Royaume-Uni. En effet, d'après cette jurisprudence, le

droit de résidence d'un "membre de la famille" dépendait directement de l'exercice, par le citoyen de l'Union, de son droit de séjour dans un État membre qui n'est pas le sien. En outre, s'agissant des "autres membres de la famille", ceux-ci auraient dû être à charge ou faire partie du ménage du citoyen de l'Union dans l'État membre grâce auquel ce dernier est bénéficiaire d'un droit à la libre circulation.

Saisie de l'affaire, la Court of Appeal s'est sentie obligée de revoir l'interprétation exposée dans la jurisprudence antérieure à la lumière des motifs de l'arrêt Metock. Après avoir admis que le droit de séjour des autres membres de la famille ne peut pas être subordonné à la condition d'un séjour légal dans un autre État membre, la Cour a cependant souligné que l'arrêt Metock n'a aucune incidence sur l'exigence, mise en valeur par l'article 3, paragraphe 2, b), de la directive 2004/38, de liens proches entre le membre de la famille et le citoyen. À cet égard, il faut encore que ledit membre de la famille ait séjourné "très récemment" avec le citoyen dans le même pays (à savoir, celui quitté par le citoyen afin d'exercer son droit de séjour) et sous le même toit avant son arrivée dans un État membre. En effet, la directive 2004/38 vise non le regroupement familial des citoyens de l'Union, mais plutôt à l'élimination des obstacles à l'exercice de leur droit de séjour.

La Cour a ainsi reconnu un droit de séjour à trois des douze requérants, à savoir deux petits-enfants ainsi que la mère d'un d'entre eux, tous de nationalité indienne, au motif qu'ils entraient dans la définition de "descendants directs qui sont âgés de moins de vingt-et-un ans ou qui sont à charge" au sens de l'article 2, § 2, c), de la directive. Les autres requérants n'étaient pas en mesure d'accéder au statut d'"autre membre de la famille" au sens de l'article 3, § 2, a), de la directive.

Court of Appeal (Civil Division), arrêt du 19.02.09, Bigia and others v Entry Clearance Officer [2009] 2 CMLR 42, www.bailii.org

IA/31665-A

[PE] [AMRE]

Convention européenne des droits de l'homme - Droit à un procès équitable - Prise de mesures restrictives de liberté à l'égard d'individus soupçonnés d'activités terroristes sur la base de preuves secrètes - Violation de l'article 6

Le 10 juin 2009, la House of Lords a désavoué le gouvernement britannique sur la question sensible de l'usage de preuves secrètes contre des personnes soupçonnées d'implication dans des actes terroristes. Donnant gain de cause aux trois requérants d'origine arabe soumis à une assignation de résidence sur la base de preuves auxquelles ils n'avaient pas accès, la juridiction suprême a constaté une violation de l'article 6 de la Convention EDH consacrant le droit à un procès équitable.

Afin de faire face aux menaces terroristes résultant des attentats du 11 septembre 2001, le gouvernement de M. Blair a adopté une loi permettant, sans jugement ni inculpation, la détention illimitée d'étrangers soupçonnés de terrorisme. Par un arrêt du 16 décembre 2004 (voir *Reflets n° 1/2005*, p. 21-22), la House of Lords a déclaré cette loi contraire à la Convention. Une nouvelle loi antiterroriste, le "Prevention of Terrorism Act", a été promulguée en 2005 afin de corriger cette incompatibilité.

La nouvelle loi accorde au ministre de l'Intérieur compétence pour édicter des "ordonnances de contrôle" destinées à restreindre la liberté, les déplacements et les activités des personnes soupçonnées d'implication dans des actes terroristes, mais qui ne sont inculpées d'aucune infraction pénale. La décision de placer une personne sous contrôle est prise par le ministre en accord avec un tribunal, mais la procédure suivie devant celui-ci n'offre pas pour autant les garanties d'équité exigées dans les affaires pénales. Ainsi, la défense n'a pas accès au dossier comprenant les éléments à charge et n'a aucune possibilité de contester ceux-ci. Seuls y ont accès le juge et des "avocats spéciaux" désignés par le ministre de l'Intérieur. Ces derniers sont chargés de transmettre le point de vue de la défense, sans fournir à celle-ci les éléments de preuve retenus et sans lui parler ou lui donner la possibilité de les contredire. La décision est prise en l'absence de la personne incriminée.

Appelée à se prononcer sur la légalité des ordonnances de contrôle visant trois individus d'origine arabe, la House of Lords, dans une formation rare de neuf juges, a unanimement conclu à l'existence d'une violation de l'article 6 de la Convention EDH, en ce que les requérants n'avaient eu aucune possibilité de contester les faits qu'on leur a reprochés. Comme l'a souligné Lord Hope:

"This is a right that belongs to everyone, as the opening words of article 6(1) of the European Convention remind us - even those who are alleged to be the most capable of doing us harm by means of terrorism. [...] If the rule of law is to mean anything, it is in cases such as these that the court must stand by principle. It must insist that the person affected be told what is alleged against him." (points 76 et 84)

En rendant cet arrêt, la House of Lords s'est appuyée sur la décision rendue le 19 février 2009 par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *A c. Royaume-Uni* (requête n° 3455/05) concernant la détention illimitée des ressortissants étrangers soupçonnés de liens avec une entreprise terroriste sur la base de l'ancienne loi de 2001. La Cour, en formation solennelle de Grande Chambre, a condamné le Royaume-Uni pour diverses violations de l'article 5 (droit à la liberté et à la sûreté).

House of Lords, arrêt du 10.06.09, Secretary of State for the Home Department v AF and others [2009] UKHL 28, www.bailii.org.

IA/31666-A

[PE] [AMRE]

Slovaquie

Questions préjudicielles - Saisine de la Cour - Question d'interprétation de la directive 86/653 soulevée dans un litige portant sur l'interprétation de la législation nationale sur les agents commerciaux indépendants - Violation de l'obligation de renvoi - Violation du droit au juge légal - Compétence de la Cour constitutionnelle - Limites

En se déclarant incompétent pour recevoir un recours constitutionnel dans un litige en matière de représentation commerciale, l'Ústavný súd Slovenskej republiky (Cour constitutionnelle de la République slovaque) s'est exprimé pour la première fois de manière explicite sur les conséquences d'une violation de l'obligation d'effectuer un renvoi préjudiciel.

En l'espèce, un commettant a introduit devant l'Ústavný súd un recours constitutionnel contre un arrêt du Krajský súd v Bratislave (Cour régional de Bratislava) confirmant l'arrêt du tribunal de première instance en ce qui concerne la méthode de fixation du montant de l'indemnité de l'agent commercial après cessation du contrat. Dans ce contexte, le requérant a reproché aux juridictions ordinaires d'avoir interprété la loi nationale transposant la directive 86/653 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants de façon contraire au sens de l'article 17, paragraphe 2, sous b) de ladite directive sans saisir la Cour de justice dans le cadre de la coopération entre la Cour et les juridictions nationales instituée par l'article 234 CE.

En ce qui concerne la question de savoir si la partie au procès bénéficie d'un droit constitutionnel garantissant un renvoi préjudiciel par la juridiction nationale à la Cour de justice, la partie au procès a le droit, selon l'Ústavný súd, que chaque litige soit tranché par la juridiction nationale, en s'appuyant sur une base juridique correcte et adéquate. Depuis l'adhésion de la République slovaque à l'Union européenne, l'interprétation du droit communautaire telle qu'elle découle de la jurisprudence de la Cour de justice développée conformément à l'article 234 CE fait également partie d'une telle base juridique.

En se référant à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, l'Ústavný súd a constaté que le fait de ne pas effectuer un renvoi préjudiciel au cas où la juridiction compétente est tenue de le faire peut conduire à une violation du droit au juge légal énoncé à l'article 48, paragraphe 1, de la Constitution slovaque ainsi qu'à l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme. D'après l'Ústavný súd, l'argument du requérant selon lequel la juridiction de dernière instance a

violé son droit au juge légal garanti au niveau constitutionnel pourrait constituer, dans les circonstances de l'espèce, une base factuelle et juridique pour introduire le pourvoi en cassation en tant que voie de recours extraordinaire. Ce dernier est recevable dans l'hypothèse où la juridiction saisie n'était pas correctement composée.

À cet égard, l'Ústavný súd a considéré que la question de savoir si le fait de ne pas poser une question préjudicielle à la Cour de justice par une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne constitue une violation du droit au juge légal relève de la compétence de la Cour suprême, ce qui découle de sa position dans le système des juridictions ordinaires. Toutefois, la Cour constitutionnelle s'est vue également obligée de s'exprimer sur ce sujet pour des raisons tenant à la vérification de sa propre compétence sous l'angle du principe de subsidiarité. En effet, la recevabilité dudit pourvoi en cassation excluait la compétence de l'Ústavný súd du fait qu'une autre juridiction statuerait sur la protection des droits et libertés fondamentaux, de sorte que le recours constitutionnel serait irrecevable.

En rappelant l'arrêt de la Cour du 6 octobre 1982, *Cilfit e.a.*, 283/81, Rec. p. 3415, ainsi que l'arrêt de la Cour du 30 septembre 2003, *Köbler*, C-224/01, Rec. p. I-10239, l'Ústavný súd est arrivé à la conclusion que, dans l'hypothèse où le juge communautaire n'a pas participé, par l'intermédiaire de son interprétation, à la procédure devant la juridiction nationale, alors que cette interprétation était nécessaire pour la décision au fond, la juridiction nationale n'était pas à cet égard correctement composée, la décision en cause n'ayant ainsi pas été rendue par le juge légal. Une telle situation procédurale constitue néanmoins une cause légale pour introduire un pourvoi en cassation conformément au code de procédure civile, la recevabilité dudit recours extraordinaire excluant la compétence de l'Ústavný súd.

La doctrine est partagée par rapport à cette décision de l'Ústavný súd. Tandis que Procházka R. (*Prejudiciálna otázka v judikatúre ústavného súdu*, in: *Justičná revue* 10/2008, p. 90-96) se montre critique, l'avocat général Mazák, J. (*Hľadanie odpovede na prejudiciálnu*

otázku v praxi ústavného súdu, in: Justičná revue 1/2009, p. 90-96) considère que l'ordonnance est correcte au fond et conforme à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle ainsi qu'au principe de subsidiarité, en ce qu'elle respecte la responsabilité de la Cour suprême pour l'uniformité de la jurisprudence des juridictions ordinaires en matière de saisine de la Cour de justice. L'avocat général Mazák souligne à ce sujet que la responsabilité, en cas de violation par des cours régionales en tant que cours d'appel de l'obligation de coopérer avec la Cour de justice, incombe en premier lieu à la Cour suprême.

Ústavný súd Slovenskej republiky, ordonnance du 03.07.08, IV. ÚS 206/08-50, disponible sur l'url suivante:

http://www.concourt.sk/rozhod.do?urlpage=dokument&id_spisu=214397

IA/32202-A

[PES]

2. Pays tiers

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

B. Pratique des organisations internationales

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

C. Législations nationales

France

Ordonnance relative aux archives - Droit d'accès aux documents administratifs

L'ordonnance n° 2009-483 du 29 avril 2009 prise en application de l'article 35 de la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives concerne le droit d'accès aux documents administratifs. Elle donne une nouvelle définition de la notion de "document administratif", définition qui est désormais

applicable aussi aux archives. Sont considérés comme documents administratifs "les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales ainsi que les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une mission de service public", quels que soient "leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support".

Les autorités doivent communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande, dans les conditions prévues par la loi. Le dépôt aux archives publiques de documents communicables n'est pas exclusif du droit à communication de ces documents.

L'ordonnance prévoit une liste de documents non communicables, qui inclut par exemple les documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte "au secret des délibérations du gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif", ou "au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente".

Par ailleurs, l'ordonnance renforce les droits des administrés en matière de communication et de consultation de documents administratifs. En particulier, les documents non communicables sont désormais consultables sur demande et dans la mesure où cela ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts protégés en application de l'article L 213-3 du code du patrimoine.

L'ordonnance contient également plusieurs dispositions relatives à la protection des données personnelles (exigence d'anonymisation de certains documents, réutilisation subordonnée au consentement de la personne intéressée,...).

Enfin, elle étend les compétences de la commission d'accès aux documents administratifs (cf. JCP Gén, n° 22, 27/05/09, act. 278 et arrêt de la Cour du 7 mai 2009, Rijkeboer, C-553/07, non encore publié, points 49 à 54).

Ordonnance n° 2009-483 du 29.04.09 prise en application de l'article 35 de la loi n° 2008-696 du 15.07.08 relative aux archives (JORF n° 0101 du 30.04.09, texte n° 27)
www.legifrance.gouv.fr

[VGP]

Reconnaissance des qualifications professionnelles des avocats européens en France

Le décret n° 2009-199 est venu modifier le décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat et transposer les directives n° 2005/36 relative à la qualification professionnelle et n° 2006/100 portant adaptation de certaines directives dans le domaine de la libre circulation des personnes, en raison de l'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie.

Les conditions de reconnaissance des qualifications professionnelles des personnes ayant acquis la qualité d'avocat dans un État membre de la Communauté européenne ou dans un autre État partie à l'accord EEE sont modifiées. Peuvent désormais être inscrites au tableau d'un barreau sans remplir les conditions de diplômes, de formation théorique et pratique ou d'examens professionnels prévues aux articles 11 et 12 de la loi du 31 décembre 1971 les personnes qui, d'une part, ont suivi avec succès un cycle d'études postsecondaires d'une durée d'au moins un an ou d'une durée équivalente à temps partiel, dont l'une des conditions d'accès est l'accomplissement du cycle d'études secondaires exigé pour accéder à l'enseignement universitaire ou supérieur ou l'accomplissement d'une formation de niveau secondaire équivalente, ainsi que la formation professionnelle éventuellement requise en plus de ce cycle d'études postsecondaires et qui, d'autre part, justifient de diplômes, certificats, autres titres ou formations assimilées ou d'une expérience professionnelle de deux ans.

En ce qui concerne l'exercice de la profession d'avocat, sous le titre professionnel d'origine, ce bénéfice ouvert aux ressortissants des États membres et de la Confédération suisse, est étendu aux avocats des autres États parties à

l'accord EEE et aux avocats bulgares et roumains.

À noter encore que les délais de traitement des demandes des candidats par le Conseil national des barreaux (CNB) sont raccourcis et que l'article 99-1 relatif aux seuls ressortissants de la Confédération suisse est supprimé.

Décret n° 2009-199 du 18.02.09 modifiant la réglementation de la profession d'avocat et portant, pour cette profession, transposition de directives communautaires, JORF du 20.02.09,
www.legifrance.gouv.fr

[NRY]

Ordonnance relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique

L'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, transpose la directive 2007/66, relative à l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

La grande nouveauté de ce texte est de créer un référé contractuel à l'encontre des contrats administratifs, alors qu'ils sont déjà conclus, en vue de sanctionner des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Ce recours, ouvert après la signature du contrat, vient s'ajouter au référé précontractuel déjà en vigueur.

Ces deux référés concernent désormais tous les contrats de la commande publique qui entrent dans le champ des directives "marchés publics" (directives 2004/17 et 2004/18). L'ordonnance vise ainsi les "contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public" (art. L.551-1 et L.551-5 du code de justice administrative). La liste des contrats à l'encontre desquels une procédure en référé précontractuel est possible est donc

écartée au profit d'une définition matérielle de ces contrats.

En matière de référé précontractuel (art. L.551-1 CJA), l'ordonnance introduit un principe de suspension automatique de la signature du contrat jusqu'à la notification de la décision juridictionnelle, ainsi qu'un "délai pendant lequel le juge ne peut statuer", afin de permettre que tous les recours soient introduits en temps voulu.

Quant au référé contractuel (art. L.551-13. CJA), il sera ouvert une fois le contrat signé et permettra au juge de prononcer la suspension de l'exécution du contrat, dans l'attente de sa décision au fond. Le juge pourra également prononcer la nullité du contrat - celle-ci étant obligatoire en cas de manquement grave aux obligations de publicité et de mise en concurrence -, décider d'abréger sa durée ou encore prononcer des pénalités financières.

Cette nouvelle voie de recours s'ajoute à celle issue de la jurisprudence Tropic (CE Ass. 16.07.07, Société Tropic Travaux Signalisation, n° 291545, voir *Reflets* n° 1/2008). Ce recours de pleine juridiction conservera sa raison d'être puisqu'il permet, notamment, d'octroyer des dommages et intérêts à un concurrent évincé alors qu'aucune demande en ce sens ne pourra être présentée dans le cadre du référé contractuel. La jurisprudence ultérieure déterminera plus précisément comment ces deux procédures devront s'articuler. La question se posera notamment lorsque les délais de mise en œuvre du référé contractuel seront connus.

Les dispositions de cette ordonnance seront applicables aux contrats pour lesquels une consultation est engagée à partir du 1er décembre 2009. Elles seront prochainement complétées par la parution d'un décret d'application.

Ordonnance n° 2009-515 du 07.05.09, relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, JORF n° 0107 du 08.05.09, p. 7796, texte n° 10 www.legifrance.gouv.fr

[MLHY]

Nouvelle réglementation relative à l'Autorité de la concurrence

Créée par la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008, l'Autorité de la concurrence a succédé au Conseil de la concurrence le 2 mars 2009, date de la première réunion du collège nouvellement nommé. Les missions de l'Autorité de la concurrence sont précisées dans l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence (voir *Reflets* n° 3/2008). Plusieurs textes d'application sont venus depuis lors préciser ses compétences et ses règles de fonctionnement.

Quatre premiers décrets ont été adoptés le 10 février 2009. Le décret n° 2009-139 a essentiellement pour objet de mettre à jour la partie réglementaire du Code de commerce (titre III du livre IV) consacrée au contrôle des concentrations. L'un des points centraux de la réforme a été de confier à l'Autorité de la concurrence des compétences en matière de contrôle des concentrations, lesquelles relevaient jusqu'alors du Ministre de l'Economie. Des mises à jour sont également effectuées dans les articles du Code relatifs aux pouvoirs d'enquête et à l'organisation de l'Autorité de la concurrence. Le décret n° 2009-140 est relatif au traitement des pratiques anticoncurrentielles de dimension locale commises par des entreprises répondant à certaines conditions de chiffre d'affaires. Il décrit le déroulement de cette nouvelle procédure, notamment en ce qui concerne l'information des entreprises soupçonnées de telles pratiques. Le décret n° 2009-141 concerne, quant à lui, la représentation en justice, et dans tous les actes de la vie civile, de l'Autorité de la concurrence par son président. Enfin, le décret n° 2009-142 détaille la procédure relative à la demande de protection du secret des affaires.

Une deuxième série de décrets, en date du 17 février 2009, concerne les modalités de publicité des décisions en matière de concurrence. Les décrets n° 2009-185 et 2009-186 prévoient ainsi que les décisions de l'Autorité en matière de pratiques anticoncurrentielles et de concentrations seront publiées sur son site Internet. En matière de

concentration, le système prévoit également que les décisions du Ministre de l'Économie seront publiées dans l'édition électronique du Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Les deux décrets précisent, par ailleurs, que la publicité de ces décisions peut être limitée pour protéger le secret des affaires.

Le décret n° 2009-312 du 20 mars 2009 s'inscrit dans la lignée de ces deux textes, en ajoutant à la liste des décisions devant être publiées sur le site de l'Autorité celles mentionnées à l'article L.470-7-1 du code de commerce (atteinte à la liberté des prix et de la concurrence). Un second décret n° 2009-311, du même jour, traite de l'articulation des compétences entre le Ministre de l'Économie et l'Autorité de la concurrence en matière d'investigation sur des faits susceptibles d'être qualifiés de pratiques anticoncurrentielles; il précise dans quels délais l'Autorité peut reprendre la main sur les investigations souhaitées par le Ministre de l'Économie, ou sur leurs résultats.

Avec la publication du décret n° 2009-335 du 26 mars 2009 sur le conseiller auditeur, la quasi-totalité des textes d'application nécessaires à la bonne marche de l'Autorité de la concurrence est désormais parue. Créé par la loi de modernisation de l'économie, le conseiller auditeur a pour mission de garantir une meilleure protection des droits de la défense. Le décret dispose notamment que le conseiller auditeur exerce un mandat de cinq ans, renouvelable une fois.

www.autoritedelaconcurrence.fr
www.legifrance.gouv.fr

[MLHY]

Royaume-Uni

Remaniement de la magistrature écossaise

Le 29 octobre 2008, une nouvelle loi apportant des modifications importantes à la magistrature écossaise a reçu la sanction royale après avoir été votée par le Parlement écossais. La loi vise la modernisation ainsi que l'amélioration du fonctionnement de la magistrature en Écosse, en remaniant l'ordre judiciaire. La loi opère, à cet

égard, une réforme similaire à celle déjà mise en œuvre en Angleterre et au Pays de Galles en 2005 (voir *Reflets* n° 3/2005, p. 27).

La loi se répartit en quatre domaines principaux, à savoir la reconnaissance formelle du principe de l'indépendance de la magistrature, l'organisation de l'ordre judiciaire, la nomination et la suspension des juges et l'administration des tribunaux.

L'article 1er de la loi consacre le principe de l'indépendance de la magistrature. Le chef de l'exécutif écossais, le conseiller juridique principal (le "Lord Advocate") et les ministres dudit exécutif, ainsi que les députés du Parlement écossais sont tenus de le protéger et ne doivent jamais user de leur position pour influencer sur les décisions de la justice. Aucune peine n'est cependant prévue pour une violation de cette disposition.

En ce qui concerne la modification de l'organisation de l'ordre judiciaire, le "Lord President", déjà le plus haut magistrat du système judiciaire écossais, est formellement placé à la tête de la magistrature. Certains pouvoirs et fonctions lui sont attribués; il doit, par exemple, veiller au traitement efficace des affaires devant la justice, représenter les points de vue de l'ensemble de la magistrature et exprimer clairement sa position au Parlement et à l'exécutif écossais, s'occuper de la formation des magistrats et mettre en place un code de conduite applicable à ceux-ci.

La nouvelle loi modifie également la procédure de nomination des juges, en instituant une commission indépendante ("Judicial Appointments Board for Scotland") chargée de sélectionner les candidats à un poste de juge. La commission présente ses propositions à l'exécutif écossais. Seuls ceux proposés par la commission peuvent être nommés juge. La mission de la commission ne s'étend cependant pas à la sélection du Lord President ou du "Lord Justice Clerk", le deuxième plus important magistrat après le Lord President, auxquels une procédure spéciale est applicable. La loi clarifie les procédures de suspension et de renvoi des juges. Elle précise aussi les conséquences résultant de la suspension d'un juge, ainsi que la procédure à suivre en cas d'incapacité du Lord President ou du Lord Justice Clerk.

Enfin, la loi transfère les compétences du "Scottish Courts Service", l'organe chargé de la gestion administrative des juridictions, de l'exécutif à un comité indépendant composé de juges et présidé par le Lord President.

Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008 (ASP 6),

www.statutelaw.gov.uk

[PE] [AMRE]

Suède

Modifications relatives aux doubles impositions entre les pays nordiques

Le 4 avril 2008, les six pays nordiques, la Suède, le Danemark, les Iles Féroé, la Finlande, la Norvège et l'Islande, ont signé un protocole qui modifie la Convention fiscale préventive de la double imposition entre les pays nordiques. Le Parlement suédois a adopté, en juin dernier, une nouvelle loi qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2009 et qui met en oeuvre le protocole, Lag (2008:653) om ändring i lagen (1996:1512) om dubbelbeskattningsavtal mellan de nordiska länderna. Le protocole, signé par les pays nordiques et ensuite ratifié par leurs parlements, touche à l'imposition des personnes morales (l'imposition des dividendes) et à l'imposition des personnes physiques (l'imposition des plus-values, l'imposition des revenus du travail effectué sur les lignes d'aviation et l'imposition des pensions).

La raison des modifications de la Convention a été le développement de la fiscalité internationale et les modifications intervenues dans les lois internes sur la fiscalité des pays contractants. De plus, le Conseil nordique des ministres a cherché à supprimer les entraves frontalières entre les pays nordiques dans le domaine de la fiscalité. Le protocole est le résultat des négociations qui ont duré pendant plusieurs années entre les six parties contractantes.

Les modifications dans le domaine de l'imposition des entreprises sont les suivantes: une entreprise qui détient au moins 10 % d'une filiale dans un autre pays contractant, par sa détention d'une ou plusieurs communauté(s) de

personnes, est exonérée de l'impôt à la source sur les dividendes émanant de la filiale. Sa détention indirecte est considérée comme une détention directe. La part de la filiale distribuant les dividendes dans le cadre d'une détention indirecte est considérée correspondre à la part que la société détient de la (les) communauté(s) de personnes.

Quant à l'imposition des personnes physiques, les règles liées à l'imposition des plus-values du capital, suite à un déménagement d'un État contractant dans un autre État contractant, ont été changées. Le droit d'imposition du pays du domicile antérieur a été étendu quant aux droits couverts par la disposition et quant à la période de l'imposition. Le droit d'imposition ne couvre que les plus-values survenues avant le déménagement.

Tout revenu émanant d'un travail effectué sur les lignes d'aviation n'est, d'après les modifications, imposé que dans le pays du domicile du travailleur.

En outre, suite aux modifications, l'imposition pour les personnes qui reçoivent une pension ou un versement similaire d'un autre pays nordique a également été changée. Le nouveau libellé permet l'imposition dans le pays du domicile légal des pensions, rentes viagères et autres versements selon la législation de la sécurité sociale des autres États contractants. Le pays du domicile légal doit décompter l'impôt qui a été payé dans le pays fiscal à la source, alors qu'auparavant la méthode d'exemption a fait foi. La méthode du décompte permet à la Suède de retenir la différence entre l'impôt étranger et l'impôt suédois sur le revenu. Cette modification affecte les retraités qui ont leur domicile légal en Suède mais reçoivent des versements d'un autre État contractant puisqu'ils risquent de recevoir une imposition plus élevée que celle qu'ils connaissaient avant les modifications de la Convention.

Lag (2008:653) om ändring i lagen (1996:1512) om dubbelbeskattningsavtal mellan de nordiska länderna,

www.riksdagen.se

[LTB] [BBR]

Convention nordique du mariage

Les cinq pays nordiques, la Suède, le Danemark, la Finlande, l'Islande et la Norvège ont conclu un accord le 26 janvier 2006 relatif à des modifications des règles de la Convention nordique du mariage. La Convention, conclue par les cinq pays nordiques, contient des dispositions sur le droit privé international relatif au mariage, à l'adoption et à la tutelle, Förordningen (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmyndarskap. Suite à ces modifications de la Convention nordique du mariage, et à la ratification dans chacun des États concernés, une nouvelle loi, Lag (2007:522) om ändring i förordningen (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmyndarskap, est entrée en vigueur le 1er décembre 2008. Le but des modifications est de rendre les conséquences économiques plus transparentes et dès lors d'augmenter la sécurité économique dans le cadre du mariage inter nordique.

L'accord entre les pays nordiques comprend cinq modifications importantes:

1. Les conjoints peuvent conclure un accord sur la loi applicable d'un pays nordique relative à leur patrimoine commun. Pour avoir la possibilité de faire ce choix, il est pourtant exigé qu'un des conjoints ait un lien avec le pays nordique de la loi choisie, soit par domicile légal, soit par citoyenneté (art. 3 a de la loi).

2. Pour des conjoints qui déménagent dans un autre pays nordique et qui n'ont pas choisi une loi applicable pour leur patrimoine, la loi du nouveau pays du domicile sera applicable après une période transitoire de deux ans (art. 3 a, paragraphe 2, de la loi). Cette modification permet de prévenir un changement soudain et souvent imprévu de la législation applicable. Une exemption est prévue pour les conjoints qui déménagent dans un pays nordique dont ils ont tous les deux la citoyenneté ou encore s'ils y étaient antérieurement domiciliés pendant leur mariage. Dans ces cas, les conjoints n'ont pas de période transitoire, puisqu'ils sont supposés connaître les règles applicables de leur nouveau pays de domicile, et que la loi applicable

change au moment du changement de domicile légal.

3. La question de disposer du logement des conjoints est tranchée selon la loi applicable dans le pays nordique où le domicile se trouve (art. 3 b de la loi).

4. Selon le principe de la Convention, les effets d'un acte juridique doivent être jugés selon la loi applicable au moment de la production de l'acte juridique. Le contrat de mariage est une exemption de cette règle. La validité des dispositions d'un contrat de mariage doit être appréciée selon la loi applicable sur leur patrimoine lorsque la question se pose (art. 3 c, paragraphe 2, de la loi). La validité des dispositions d'un contrat de mariage sera évaluée selon la loi applicable au moment de l'actualisation de la problématique indépendamment de la loi applicable lors de la conclusion du contrat de mariage. Le but de cette exemption est d'empêcher les conjoints de contourner des règles nationales avec un contrat déterminant la législation applicable.

5. Le champ d'application des règles déterminant la législation applicable ne s'applique pas aux conjoints ayant changé leur domicile pour déménager en dehors des pays nordiques (art. 4 a de la loi).

Lag (2007:522) om ändring i förordningen (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmyndarskap,
www.riksdagen.se

[LTB] [BBR]

D. Échos de la doctrine

Citoyenneté de l'Union, politique migratoire et procédure accélérée

"Chaque nouvelle livraison d'arrêts de la Cour de justice [...] confirme un peu plus ce constat: depuis plusieurs années déjà, le droit des étrangers se trouve [...] modelé non seulement par le droit communautaire primaire et dérivé, mais aussi par la jurisprudence communautaire. La preuve en est encore apportée par [la]

décision rendue par la grande chambre de la Cour, le 25 juillet 2008" (Alcaraz, H., "Droit d'entrée et de séjour d'un ressortissant tiers ayant des liens de parenté avec un citoyen de l'Union", AJDA, 23 février 2009, p. 321, à la p. 323), dans l'affaire *Metock* [C-127/08, non encore publiée au Recueil]. L'arrêt est remarquable à plusieurs titres.

Il l'est tout d'abord au niveau procédural. En effet, "[l]a Cour répond à la demande de décision préjudicielle présentée par la High Court d'Irlande seulement 4 mois après son introduction, conformément à l'ordonnance rendue le 17 avril 2008, admettant la mise en œuvre de la procédure accélérée prévue par l'article 104bis du règlement de procédure" (Lassalle, J., "Droit de séjour des citoyens de l'Union", Europe, octobre 2008, p. 21). "Depuis qu'elle a été instaurée, en l'an 2000, la mise en œuvre de la procédure accélérée est souvent sollicitée par les juridictions nationales, mais le critère de l' 'urgence extraordinaire' est rarement retenu par le Président de la Cour " (Bernard, E., Europe, juin 2008, p. 13). Avant *Metock*, la Cour n'avait admis cette procédure qu'à deux reprises, dans les affaires *Jippes* (arrêt du 12 juillet 2001, C-189/01, Rec. p. I-05689) et *Kozłowski* (ordonnance du Président de la Cour du 22 février 2008, C-66/08, non publiée). "Despite the developments pertaining to the need for greater efficiency in the area of freedom, security and justice, the fact remains that the Court has been reluctant to sanction use of the accelerated procedure in a more general sense. This renders its application in *Metock* particularly noteworthy (Currie, S. "Accelerated justice or a step too far? Residence rights on non-EU family members and the Court's ruling in *Metock*", E.L.Rev. 2009, p. 310, à la p. 316). "It is worth speculating, however, whether [this] signifies the beginnings of a broader change in the Court's approach [...] which would see it more willing to classify circumstances – particularly those individuals in difficult (family) circumstances – as exceptionally urgent. In this respect, the availability of the urgent procedure in cases relating to the area of freedom, security and justice, and the apparent acceptance of the need for its greater frequency of use in this area, may be significant. Familiarity with an expedited procedure [...] may soften the ECJ's traditional reluctance to fast-track cases [...]. From one perspective, the

clear benefit of greater efficiency need hardly be explained further [...] particularly so in light of the usually protracted wait for a preliminary reference from the Court [...]. From another perspective, overly extensive reliance on an accelerated procedure should surely be avoided [...] Undoubtedly, judges need sufficient time to fully consider the issues in any one case and to analyse the implications of the different arguments submitted by the (sometimes numerous) actors involved [as well as] space to reflect on broader and/or less obvious consequences of a ruling in a given case. Arguably, it is this latter function that risks being curtailed in an accelerated procedure. *Metock* itself can be held up as an example of just this occurring: the judgment conveys very little awareness of or regard for the broader implications of its findings" (ibid., pp. 317-318). "[As such,] it potentially sets a worrying procedural precedent that risks undermining the intensity of the legal analysis engaged in by the Court in cases of extreme importance" (ibid. p. 312).

Remarquable au niveau procédural, l'arrêt *Metock* ne l'est pas moins au niveau du fond. À cet égard, il "représente une nouvelle étape sur la voie de la limitation des compétences nationales en matière migratoire par le droit communautaire, initiée notamment par les arrêts *MRAX* [arrêt du 25 juillet 2002, C-459/99, Rec. p. I-06591], *Carpenter* [arrêt du 11 juillet 2002, C-60/00, Rec. p. I-06279; cf. Reflets n° 3/2003, p. 30] et *Akrich* [arrêt du 23 septembre 2003, C-109/01, Rec. p. I-09607; cf. Reflets n° 1/2005, p. 26]" (Dautricourt, C., "Citoyenneté de l'Union et politique migratoire", RDUE, 4/2008, p. 858). Si, dans la dernière de ces décisions, "la Cour de justice avait conditionné le bénéfice du droit de séjour des membres de la famille des travailleurs de l'Union à la nécessité d'un séjour légal préalable dans un État membre [...] [a]vec l'arrêt *Metock*, la Cour revient explicitement sur cette solution jurisprudentielle" (Jaume, A., "Arrêt 'Metock': le séjour des ressortissants de pays tiers entrés sur le territoire communautaire avant de devenir conjoints d'un citoyen de l'Union", JDE, 2008, p. 271). "While the ECJ has shifted legal position in light of changed institutional circumstances quite often, express overruling is a rarity, evident for instance in *Keck* [arrêt du 24 novembre 1993, C-267/91 et C-268/91, Rec. p. I-06097] and *Hag II* [arrêt du

17 octobre 1990, C-10/89, Rec. p. I-03711]. In Hag II, the ECJ departed explicitly from Hag I [arrêt du 3 juillet 1974, 192/73, Rec. p. 00731], prompted by the forceful Opinion of Advocate General Jacobs. We may surmise that the Opinion must also have been influential here [...]. The ECJ's decision in *Metock* not to publish what certainly would have been an illuminating Opinion of Advocate General Maduro is therefore all the more regrettable" (Costello, C., "Metock: Free Movement and 'Normal Family Life in the Union'", *C.M.L.Rev.*, 2009, p. 587, à la p. 599). Alors que l'arrêt *Akrich* "avait semé le trouble, compte tenu de son caractère 'apparemment contradictoire' [Broussy, E., Donnat, F. et Lambert, C., *AJDA*, 2007, p. 296] avec une jurisprudence qui semblait faire émerger un mouvement favorable à la logique communautaire dans le traitement des ressortissants non communautaires" (Alcaraz H., op. cit., p. 324), l'arrêt *Metock* "présente [...] le mérite de rétablir davantage de cohérence par rapport à la jurisprudence prise dans son ensemble" (Dautricourt, C., op. cit., p. 864) et "s'inscrit [...] dans la droite ligne [...] d'une série d'arrêts visant à protéger la vie familiale des citoyens de l'Union qui exercent leur liberté de circuler sur le territoire" de cette dernière (Jaume, A., op. cit., p. 271). "Re-embrac[ing] the fundamentals of the freedom of movement of persons in a manner consistent with the protection of the individual" (Fahey, E., "Going Back to Basics: Re-embracing the Fundamentals of the Free Movement of Persons in *Metock*", *L.I.E.I.*, 2009, p. 83), "the ruling will stand out as one of the strongest legal affirmations ever given of the right to family life" (Chalmers, D., "Editorial - The Secret Delivery of Justice", *E.L.Rev.*, 2008, p. 773).

Bien que la solution retenue dans l'arrêt *Metock* "constitue sans conteste un revirement spectaculaire par rapport à la jurisprudence *Akrich* entraînant des implications constitutionnelles indéniables, les conséquences pratiques pour les États membres n'apparaissent pas nécessairement radicalement différentes" (Dautricourt, C., op. cit., p. 862). "Admittedly, the principled reasoning employed in the two rulings is dramatically different in many respects but it should not be forgotten that, in *Akrich*, after declaring that TCN [third-country national] family members should not have been

unlawfully resident in another Member State before entering the present one, the ECJ also placed significant emphasis on the need for the Member State to have regard for the respect for family life under Art. 8 ECHR" (Currie, S., op. cit., p. 323). "Les solutions diffèrent toutefois dans la mesure où la marge d'appréciation des États dans le cadre de l'article 8 CEDH tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg [...] leur permettait d'invoquer un 'besoin social impérieux' et d'en établir le caractère 'nécessaire dans une société démocratique' en prenant en compte une série de facteurs dans le cadre de l'examen de proportionnalité. En considérant l'exigence de séjour légal préalable comme une violation de la directive 2004/38, la Cour restreint la marge de manœuvre des États membres, désormais cantonnée à l'invocation de l'une des dérogations expresses en conformité avec l'article 27 ou de la clause anti-abus contenue à l'article 35 de la directive" (Dautricourt, C., op. cit., p. 863).

Mais la position prise par la Cour, si elle constitue un pas de plus dans la construction d'un "véritable statut juridique des étrangers non communautaires, par ailleurs de plus en plus complet, met également en place une disparité de traitement entre ressortissants d'États tiers" (Alcaraz, H., op. cit., 325). En effet, "les principes établis par l'arrêt *Metock* risquent de créer des discriminations à rebours affectant les citoyens sédentaires, dont le droit au regroupement familial demeure conditionné par les exigences souvent strictes des législations migratoires nationales" (Dautricourt, C., op. cit., p. 864). "La Cour [...] a eu plusieurs fois la possibilité de glisser vers un droit au regroupement familial rattaché à la citoyenneté européenne, ce qui permettrait de réduire les hypothèses de situations purement internes. Elle y était invitée par l'avocat général Sharpston dans l'affaire *Gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon* [arrêt du 1er avril 2008, C-212/06, Rec. p. I-01683; cf., en particulier les points 133 et suivants des conclusions] mais elle n'a pas partagé son audace [...]. Ceci dit, est tout de même digne d'être notée dans l'arrêt, "la référence allusive à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme [...], qui consacre le droit au respect de la vie privée et familiale et qui pourrait fonder un droit au regroupement

familial pour les citoyens de l'Union qui n'ont pas exercé leur droit de circuler et de séjourner dans un autre État membre, sous réserve cependant des conditions posées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme" (Lassalle, J., op. cit., p. 21-22).

Dans la mesure où, dans l'arrêt *Metock*, "la sauvegarde de l'unité familiale du citoyen prime sans conteste la nécessité de contrôler les frontières extérieures de la Communauté", il n'est, en outre, "pas étonnant que l'arrêt [...] ait suscité un tollé auprès des gouvernements nationaux, mécontents de l'empiètement opéré sur leurs compétences en matière migratoire dans le contexte de la lutte contre l'immigration irrégulière" (Dautricourt, C., op. cit., p. 866). "Les représentants de plusieurs gouvernements, notamment, en Irlande, au Danemark et en Allemagne, ont fortement critiqué ce qu'ils considèrent comme un abus de pouvoir de la Cour et tenté, par la suite, d'obtenir une modification de la directive" (Carlier, J.-Y., "La libre circulation des personnes dans l'Union européenne (1er janvier - 31 décembre 2008)", *JDE*, 2009, p. 79, à la p. 80). "A case in point would be Denmark, where, in the aftermath of the ruling [...], it was reported that a number of couples in similar situations to the applicants in *Metock* had demanded a review of their rejected applications from the [...] Ministry for Integration. The centre-right government then vowed to refuse any attempts to bring the national law in line with the *Metock* ruling and quarters of the national press vehemently criticised the Court of Justice for, as they saw it, taking decisions outside the realms of its competence. The ECJ's assurance that it is only [...] family members who gain a right to reside, 'not all nationals of non-member countries' as a result of the ruling is likely to be of little comfort to the Danish or other national governments faced with sentiments of public disquiet. This is particularly so in a climate of a social and political tension, inevitably shaped by the present recession and instability in the global economy" (Currie, S., op. cit., p. 324).

Si on peut légitimement se demander si toutes les critiques formulées à l'encontre de l'arrêt sont entièrement justifiées et si la position de la Cour n'est, après tout, "qu'une correcte application du droit communautaire et des droits fondamentaux bien plus éloignée d'un activisme

gratuit que certaines musculations nationales motivées par des visions d'intérêt général limitées par la compatibilité électorale" (Carlier, J.-Y., op. cit., p. 81), le fait est que la décision "entraînera très probablement une volonté accrue des États membres de renforcer les contrôles aux frontières extérieures de l'Union ainsi que de vérifier l'authenticité des mariages mixtes" (Dautricourt, C., op. cit., p. 866). Avec *Metock*, il est clair que "le premier accès au territoire communautaire des membres, étrangers tiers, de la famille d'un citoyen de l'Union n'est [...] plus de la compétence des États [...]. L'uniformité d'application du droit communautaire commande qu'un travailleur et sa famille puissent entrer et séjourner, selon les mêmes conditions légales, dans chacun des États membres" (Cavallini, J., "Conditions d'exercice du droit au regroupement familial", *JCP / La semaine juridique - édition sociale*, n° 47, 18 novembre 2008, p. 16, aux p. 16-17). "Inévitablement, le rôle de l'État s'en trouve déplacé vers un contrôle de la réalité du mariage et peut faire craindre une plus grande immixtion dans la vie familiale" (Jaume, A., op. cit., p. 272).

En définitive, le sentiment général à l'égard de l'arrêt est assez différent selon que l'on choisit de l'examiner sous l'angle de l'analyse juridique ou sous celui de ses implications politiques. "[Ultimately], there is a clear disjuncture between the view of *Metock* as a judgment which can be categorised as legally justified and the political reality [...] which informs the application of national immigration law. *Metock* has brought to the fore Member State dissatisfaction with the ECJ's claim of Community competence to regulate the residence entitlement of family members and there are clearly questions of compliance in its aftermath. Given the recent finding by the Commission that the implementation of Directive 2004/38 is less than meticulous in a significant number of Member States, *Metock* may prove to be the straw that broke the camel's back. The dissatisfaction and threats of rebellion expressed in [its] aftermath [...] may be just as much a response to the cumulative build-up of judgments on the free movement entitlement of Union citizens [...] as it is a reaction to the specific judgment itself. In this regard, tensions are clearly running high and the Court may need to tread carefully if it wishes to

avoid the risk of further uprising" (Currie, S., op. cit., p. 325-326).

[PC]

E. Brèves

* *Belgique* : Dans un arrêt du 19 mars 2009, la Cour constitutionnelle a rejeté un recours en annulation introduit à l'encontre du décret flamand du 10 octobre 2008 portant assentiment au Traité de Lisbonne. Les parties requérantes soutenaient que ledit décret violait les principes d'égalité et de non-discrimination en ce que, d'une part, l'assentiment ainsi porté au Traité de Lisbonne créait une différence de traitement injustifiée entre les ressortissants d'États membres ayant fait approuver ou rejeter le Traité de Lisbonne au moyen d'un référendum et les ressortissants des États membres ayant approuvé le Traité par le biais de leurs parlements nationaux, et en ce que, d'autre part, le Traité de Lisbonne ainsi approuvé ne s'appliquait pas de la même manière à tous les États membres. Selon la Cour constitutionnelle, le fait que, dans un autre État membre, le Traité soit ratifié par référendum est régi par l'ordre constitutionnel de l'État membre en question, la différence de traitement alléguée découlant, par conséquent, du droit de cet État membre, sur lequel la Cour constitutionnelle ne peut se prononcer. De même, l'application différenciée du Traité dans les États membres découle du fait que, dans certains États membres, seront appliquées d'autres règles de droit que dans d'autres États membres, différence sur laquelle la Cour constitutionnelle ne peut pas, non plus, se prononcer.

Cour constitutionnelle, 19.03.09, n° 58/2009, www.arbitrage.be

IA/31853-A

[CREM]

* *France* : Par un arrêt en date du 19 mars 2009, la Cour de cassation a tranché pour la première fois un litige relatif aux effets en France de l'inscription au barreau pénal international (BPI).

Fondé le 15 juin 2002 lors de la Conférence de Montréal, le BPI est une instance destinée à

représenter les avocats et conseils appelés à exercer devant la Cour pénale internationale.

La Cour d'appel de Rennes avait jugé illégal le refus du conseil de l'Ordre de mentionner au tableau du barreau la qualité de "membre du BPI" d'un avocat. Rappelant que les ressortissants communautaires peuvent exercer en France sous leur titre professionnel d'origine et être inscrits en cette qualité au tableau du barreau, la Cour d'appel avait estimé qu'il convenait d'adopter la même solution pour les membres du BPI "afin d'éviter toute discrimination".

Cassant cet arrêt, la Cour de cassation a jugé au contraire que l'appartenance au BPI "ne constitue pas un titre professionnel réglementé dont le port permet l'exercice en France des fonctions d'avocat", à l'inverse du titre d'origine sous lequel les ressortissants des autres États membres de la Communauté européenne peuvent exercer à titre permanent les activités d'avocat en France et être inscrits à cette fin sur une liste spéciale du tableau du barreau.

Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 19.03.09, n° 08-14734, www.legifrance.gouv.fr

IA/32030-A

[VGP]

Par un arrêt en date du 18 décembre 2008, la Cour de cassation a jugé qu'une demande de saisine de la Cour de justice à titre préjudiciel peut être présentée en tout état de cause (à tout moment du litige) et même à titre subsidiaire.

La Cour de cassation avait déjà retenu une solution similaire en matière pénale. Par un arrêt du 16 mai 1991, elle avait, en effet, précisé qu'une demande de renvoi préjudiciel devant la Cour de justice est recevable même si elle n'est pas présentée avant toute défense au fond et même si elle est présentée pour la première fois en cause d'appel.

C'est en revanche la première fois que la Cour de cassation se prononce en matière civile sur le statut procédural d'une demande de renvoi préjudiciel.

En visant l'article 74 du code de procédure civile (CPC), elle qualifie implicitement la demande de saisine de la Cour de justice à titre préjudiciel "d'exception de procédure", c'est-à-dire de "moyen tendant soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours" (art. 73 du CPC), à l'instar des questions préjudicielles que le juge judiciaire peut poser au juge administratif en France.

En revanche, le régime des demandes de saisine de la Cour de justice à titre préjudiciel diffère de celui des questions préjudicielles posées aux juridictions de l'ordre administratif. L'arrêt du 18 décembre 2008 rappelle, en effet, que l'exception tirée de l'existence d'une question préjudicielle au juge administratif doit, à peine d'irrecevabilité, être soulevée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir, même lorsque les règles invoquées au soutien de l'exception sont d'ordre public. Bien que l'arrêt ne le précise pas, il semble que ce régime, qui résulte de l'application de l'article 74 du CPC, doive être écarté lorsqu'il s'agit de questions préjudicielles à la Cour de justice afin de respecter le principe d'effectivité limitant l'autonomie procédurale.

Cour de cassation, 2e Chambre civile, 18.12.08, n° 08-11438,
www.legifrance.gouv.fr

IA/32017-A

[VGP]

L'arrêt du Conseil d'État du 6 octobre 2008 a annulé certaines dispositions du décret n° 2007-1405 du 28 septembre 2007 portant statut particulier du corps des architectes en chef des monuments historiques et adaptation au droit communautaire des règles applicables à la restauration des immeubles classés.

L'article 9 du décret prévoyait que les travaux de restauration sur les immeubles classés appartenant à des personnes publiques autres que l'État, ou à des personnes privées, pouvaient être effectués par des architectes d'autres États membres de l'Union ou de l'Espace économique européen, à l'exclusion des professionnels établis en France.

Se fondant sur les libertés d'établissement et de prestation de service, une association d'architectes a introduit un recours devant le Conseil d'État en vue de faire censurer l'article 9 précité et condamner ainsi la discrimination à rebours dont ses membres étaient victimes.

L'arrêt du Conseil d'État ne fait pas référence à ces moyens mais censure la disposition litigieuse pour violation du principe d'égalité en droit national.

Cet arrêt tire pour la première fois toutes les conséquences de la jurisprudence de la Cour de justice (voir notamment, arrêt du 16 juin 1994, Steen II, C-132/93, Rec. p. I-2715) incitant les juridictions nationales à condamner les discriminations à rebours sur le terrain du droit national.

Conseil d'État, arrêt du 07.10.08, n° 310146, Compagnie des architectes en chef des monuments historiques e.a.,
www.legifrance.gouv.fr

[MLHY]

* *Italie* : La Cour de cassation a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Firenze, confirmant la condamnation à une peine de quatre mois de détention ainsi qu'à une amende, prononcée en première instance, pour possession et transmission radio de CD sans étiquette SIAE (Société italienne des auteurs et éditeurs). La Cour suprême a, en effet, considéré qu'il y avait lieu d'appliquer l'arrêt Schwibbert de la Cour du 8 novembre 2007 (C-20/05, Rec. p. I- 9447), et de considérer les dispositions relatives à l'obligation d'apposition de l'étiquette SIAE comme relevant des règles techniques qui doivent être notifiées à la Commission européenne pour vérification de leur compatibilité avec le principe de libre circulation des marchandises, pour pouvoir déployer des effets vis-à-vis des individus. Ainsi, l'élément constitutif de l'infraction relative au comportement illégal de l'individu, identifié dans la possession de CD sans étiquette SIAE, cessait, en conséquence de l'application de l'arrêt Schwibbert, cité ci-dessus, d'avoir une signification pénale. Seule une duplication ou reproduction illégale desdits

CD aurait pu être punie, mais en l'espèce, la preuve d'un tel comportement n'existait pas.

Corte di cassazione, arrêt du 27.01.09, affaire n. 9927,
www.cortedicassazione.it

IA/31474-A

[MSU]

La condition de refus de remise d'une personne objet d'un mandat d'arrêt européen, citoyen ou résident, tenant à la décision de faire exécuter la peine dans l'État membre d'exécution du mandat, prévue par l'article 4, point 6, de la décision cadre 2002/584/JAI, et transposée en droit italien par l'article 18, paragraphe 1, sous r), de la loi n° 69/2005, a fait récemment l'objet d'un (nouvel) arrêt de la Cour de cassation, qui a maintenu l'interprétation restrictive précédente de ladite condition. En effet, la Cour a jugé que cette dernière s'applique exclusivement aux citoyens italiens et non aux résidents sur le territoire italien. La Cour suprême a ajouté qu'une telle interprétation n'est pas en conflit avec la décision cadre citée ci-dessus, car cette dernière aurait attribué aux États membres un choix, et non pas une obligation d'inclure les personnes résidentes dans le champ d'application des garanties prévues par la disposition en objet. Enfin, ladite Cour a souligné la nécessité de déduire de la durée de la peine à effectuer par l'intéressé la période de détention préventive subie dans l'État membre d'exécution, en conformité avec l'article 26 de ladite décision cadre, et précisé que l'absence d'une disposition équivalente dans le droit de l'État membre d'émission du mandat ne constitue pas une raison pour refuser la remise de la personne concernée.

Corte di cassazione, arrêt du 28.01.09, affaire n. 4303,
www.cortedicassazione.it

IA/31476-A

[MSU]

Conformément à la directive 2004/80, transposée en Italie par le décret n. 204/2007, le 23 décembre 2008 le Ministère de Grazia e Giustizia a adopté le décret n. 222/2008 qui

établit le règlement sur l'indemnisation des victimes de la criminalité.

Selon ladite directive, il y a lieu de mettre en place un système de coopération entre les autorités des États membres afin de faciliter l'accès à l'indemnisation dans les cas où l'infraction a été commise dans un autre État membre que celui où la victime réside.

Le décret du Ministère italien, dans le but de faciliter aux victimes de la criminalité l'accès à l'indemnisation dans les situations transfrontalières, précise qui sont les autorités d'assistance italiennes et étrangères et leurs compétences.

Il fixe les modalités de raccordement des activités de celles-ci avec les autres organismes (italiens et communautaires) qui décident de l'indemnisation équitable et adéquate des parties lésées.

Le décret en question prévoit également les compétences du Ministère de la justice italien. Il précise que ce dernier doit élaborer des notes contenant les informations utiles sur les lois italiennes prévoyant l'affectation de sommes d'argent de la part de l'État italien aux victimes de délits commis sur le territoire italien ou aux survivants.

Lesdites notes sont transmises à la Commission des communautés européennes afin d'être publiées sur le site internet.

Décret du 23.12.08, n. 222 publié dans le GU 12.05.09 n. 108,
www.lexitalia.it

[VBAR] [ACAS]

Le Conseil d'État, dans l'arrêt en question, a précisé comment déterminer la "notion de marché concerné" en cas d'ententes restrictives de la concurrence. Il a d'abord éclairci que la définition de marché concerné doit être effectuée après l'identification de l'entente, car, selon le juge administratif, ce sont l'étendue et l'objet d'une entente qui circonscrivent le marché dans lequel l'abus est commis. En particulier, selon le Conseil d'État, le marché concerné peut coïncider même avec une seule

procédure d'appel d'offres, lorsque celle-ci se réfère à une partie considérable du territoire national. Il a également souligné que la preuve des ententes restrictives de la concurrence peut être recherchée dans la simple création, avant la procédure d'appel d'offre, d'une ATI (association temporaire d'entreprises) de dimension remarquable. Une telle preuve existe quand les entreprises faisant partie de l'ATI possèdent les caractéristiques requises pour pouvoir participer à titre personnel à ladite procédure. Dans la décision examinée, le Conseil d'État a jugé légitimes les sanctions adoptées par l'autorité italienne garante de la concurrence, ayant sanctionné le comportement anticoncurrentiel des entreprises faisant partie des ATI. Ces dernières, en effet, avaient créé l'association temporaire d'entreprises avec la seule finalité explicite de limiter la concurrence lors de la participation à des procédures d'appel d'offres sur le point d'être publiées.

Conseil d'État, arrêt du 09.04.09 n. 2203,
www.lexitalia.it

IA/31477- A

[VBAR] [ACAS]

Lors de la décision relative à un cas d'infraction aux règles de concurrence commise par une entité et poursuivie par une autre ayant pris la place de la première le 8 novembre 2005, le Conseil d'État avait présenté à la Cour de justice une demande de décision préjudicielle concernant l'interprétation de l'article 81 CE.

Par l'arrêt n° 2083, du 3 avril 2009, rendu suite à l'arrêt de la Cour de justice du 11 décembre 2007, ETI e.a., C-280/06, Rec. p. I-10893, le Conseil d'État a décidé que les deux entités en question (Ente Tabacchi Italia s.p.a et Azienda autonoma dei monopoli di Stato) ne pouvaient pas être considérées "sous le contrôle" de la même autorité publique (Ministère de l'économie et des finances), en raison de la seule absence de preuve du fait que le comportement anticoncurrentiel des deux entités avaient été influencées par les mêmes directives commerciales du Ministère de l'économie et des finances.

En conclusion, le Conseil d'État a exclu l'imputation de la responsabilité pour les infractions commises par la première entité (Azienda autonoma dei monopoli di Stato) au successeur économique (Ente Tabacchi Italia s.p.a).

Conseil d'État, arrêt du 03.04.09, n° 2083,
www.giustizia-amministrativa.it

IA/31470-A

[VBAR] [ACAS]

* *Pays-Bas* : Le 1er avril 2009 est entrée en vigueur la loi du 25 mars 2009 sur la libéralisation complète du marché des services postaux et sur le service postal universel.

Wet van 25 maart 2009, houdende regels inzake de volledige liberalisering van de postmarkt en de garantie van de universele postdienstverlening (postwet 2009), Stb. 2009, 155,
www.eerstekamer.nl/9370000/1/j9vvhwtbnzpbzzc/vi51bstvnoqg/f=y.pdf

[SJN]

* *République tchèque* : le 6 mai 2009, le Sénat, en tant que seconde chambre du Parlement de la République tchèque exerçant le pouvoir législatif en République tchèque a donné son accord à la ratification du Traité de Lisbonne, la Chambre de Députés l'ayant déjà fait le 18 février 2009. Le président de la République Václav Klaus ne procède cependant pas à la ratification, en attendant qu'un groupe des sénateurs saisisse de nouveau la Cour constitutionnelle pour statuer sur la conformité du Traité de Lisbonne avec l'ordre constitutionnel tchèque (voir *Reflets n° 1/2009*, IA/31356-A).

www.senat.cz/zpravodajstvi/zprava.php?id=575

[PES]

A. Jurisprudence

* *Royaume-Uni* : Le premier tribunal d'arbitrage musulman officiel est entré en service en 2007. Le tribunal permanent offre à tous ceux le souhaitant la possibilité de régler des différends conformément au droit islamique (la Charia). Les sentences rendues ont force exécutoire sur le territoire de l'Angleterre et du Pays de Galles, à moins que la sentence ne soit illégale ou contraire à l'ordre public. Le tribunal, qui siège à Londres, se charge pour l'essentiel de la résolution des différends en matière civile et matrimoniale; il n'a aucune compétence en matière pénale.

www.matribunal.com

[PE] [AMRE]

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", ainsi que sur l'intranet du service Recherche et Documentation

Ont collaboré à ce numéro les administrateurs suivants : Valentina Barone [VBAR], Pedro Cabral [PC], Hervé Yves Caniard [HYC], Patrick Embley [PE], Thierry Fouquet [THF], Anke Geppert [AGT], Valérie Giacobbo-Peyronnel [VGP], Niklas Görlitz [NGZ], Caroline Heeren [CHEE], Sally Janssen [SJN], Valérie Montebello-Demogeot [VMD], Alexander Pelzl [ALP], Céline Remy [CREM], Natacha Rosemary [NRY], Päivi Saarinen [PSN], Lina Satkutė [LSA], Maria Siekierzyńska [MSIE], Petra Škvařilová [PES], Maria Grazia Surace [MSU], Lina Tapper Brandberg [LTB]
ainsi que : Bettina Bader [BBR], Alessia Caso [ACAS], Marie-Louise Hyvernaud [MLHY], Vaiva Nekrašaitė [VNEK], Aidean Moresby Reay [AMRE], stagiaires.

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