



# REFLETS

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

### Table des matières

<b>A. Jurisprudence</b> .....	<b>1 -</b>
<b>I. Juridictions européennes et internationales</b> .....	<b>1 -</b>
Cour européenne des droits de l'homme	- 1 -
Cour AELE .....	- 4 -
<b>II. Juridictions nationales</b> .....	<b>7 -</b>
1. États membres .....	- 7 -
Allemagne .....	- 7 -
Belgique .....	- 8 -
Espagne .....	- 9 -
France .....	- 12 -
Grèce .....	- 14 -
Italie .....	- 15 -
Portugal .....	- 18 -
Royaume-Uni .....	- 19 -
Suède .....	- 22 -
2. Pays tiers .....	- 23 -
Norvège .....	- 23 -
<b>B. Pratique des organisations internationales</b> .....	<b>25 -</b>
<b>C. Législations nationales</b> .....	<b>25 -</b>
République tchèque .....	- 25 -
<b>D. Échos de la doctrine</b> .....	<b>26 -</b>

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

## **A. Jurisprudence**

### **I. Juridictions européennes et internationales**

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

*Convention européenne des droits de l'homme - Droit à un procès équitable - Défaut d'information d'une personne sur les accusations portées à son encontre - Condamnation par défaut sans opportunité de présenter des moyens de défense - Violation de l'article 6*

Appelée à se prononcer sur la légalité de la procédure par contumace prévue par la législation italienne, la Cour EDH a constaté une violation de l'article 6 de la Convention résultant d'un problème structurel lié au dysfonctionnement de la législation et de la pratique italiennes.

En octobre 1992, le juge des investigations préliminaires avait ordonné le placement en détention provisoire du requérant, ressortissant de l'ex-Yougoslavie résidant en Allemagne, en raison de son implication présumée dans un meurtre perpétré dans un camp de tziganes de Rome. Le requérant étant introuvable, les autorités avaient estimé qu'il s'était volontairement soustrait à la justice et l'avaient déclaré "en fuite". L'avocat commis d'office

pour le représenter avait participé aux débats, le requérant lui-même était absent. Le 2 juillet 1996, la Cour d'assises de Rome avait condamné l'intéressé à 21 ans et huit mois d'emprisonnement pour meurtre et port abusif d'arme. En septembre 1999, il fut arrêté par la police allemande à Hambourg et le ministre de la Justice italien demanda son extradition. Cette demande fut rejetée par les autorités allemandes au motif que le droit italien ne garantissait pas au requérant, à un degré suffisant de certitude, la possibilité d'obtenir la réouverture de son procès. Le requérant fut remis en liberté le 22 novembre 1999.

Invoquant l'article 6 de la Convention, le requérant se plaignait d'avoir été condamné par défaut sans avoir eu l'opportunité de présenter ses moyens de défense devant les juridictions italiennes. La Cour EDH n'a pas accueilli les arguments des autorités italiennes qui estimaient que le requérant avait renoncé à son droit à comparaître à l'audience, étant devenu introuvable immédiatement après les faits, ce qui a été attesté par plusieurs témoins oculaires. Selon la Cour EDH, rien ne prouve que le requérant avait connaissance des poursuites engagées contre lui, et à supposer même qu'il ait été indirectement avisé de l'ouverture d'un procès pénal, on ne saurait pour autant en conclure qu'il a renoncé de manière non équivoque à son droit à comparaître à l'audience.

Quant à l'argument du gouvernement italien selon lequel le condamné absent peut, en vertu de l'article 175 du code de procédure pénale (CPP), faire une demande en relèvement de forclusion en prouvant qu'il n'a pas eu connaissance des actes de la procédure, la Cour EDH rappelle avoir déjà estimé que cette action avait peu de chances d'aboutir. Par ailleurs, à supposer même qu'il démontre n'avoir pas eu l'intention de se soustraire à la justice, la Cour EDH estime que l'action de l'article 175 du CPP ne confère pas à l'accusé un droit inconditionnel à obtenir la réouverture du délai pour interjeter appel.

La Cour EDH rappelle également qu'un condamné qui ne saurait être considéré comme ayant renoncé de manière non équivoque à comparaître doit, en toutes circonstances, pouvoir obtenir qu'une juridiction statue à

nouveau sur le bien-fondé de l'accusation portée contre lui. Une simple possibilité de renoncement, dépendante des preuves pouvant être fournies par le parquet ou par le condamné quant aux circonstances entourant la déclaration de fuite, ne saurait satisfaire aux exigences de l'article 6 de la Convention. Il en découle que l'action prévue à l'article 175 du CPP n'a pas garanti au requérant, à un degré suffisant de certitude, la possibilité d'être présent et de se défendre au cours d'un nouveau procès. En conséquence, les moyens mis en place par les autorités italiennes n'ont pas permis d'atteindre le résultat voulu par l'article 6 de la Convention, et de ce fait, la Cour EDH a conclu à l'unanimité à la violation de cette disposition.

Quant à l'article 46 de la Convention (force obligatoire et exécution des arrêts), la Cour EDH a constaté que "la violation du droit du requérant à un procès équitable tire son origine d'un problème résultant de la législation italienne en matière de procès par contumace et résulte du libellé des dispositions du CPP relatives aux conditions d'introduction d'une demande en relèvement de forclusion". Selon la Cour EDH, "il existe dans l'ordre juridique italien une défaillance en conséquence de laquelle tout condamné par contumace n'ayant pas été informé de manière effective des poursuites dirigées contre lui pourrait se voir privé d'un nouveau procès." Dès lors, "les lacunes du droit et de la pratique internes décelées en l'espèce peuvent donner lieu à l'avenir à de nombreuses requêtes bien fondées." (point 44)

La Cour EDH estime que l'Italie doit supprimer tout obstacle légal qui pourrait empêcher la réouverture du délai pour faire appel ou la tenue d'un nouveau procès concernant toute personne condamnée par défaut qui, n'ayant pas été informée de manière effective des poursuites engagées, n'a pas renoncé de manière non équivoque à son droit de comparaître à l'audience. Ces personnes se verraient ainsi garantir le droit d'obtenir qu'une juridiction statue à nouveau sur le bien-fondé de l'accusation portée contre eux, après avoir été entendues dans le respect des exigences de l'article 6 de la Convention. En conséquence, l'Italie doit donc prévoir et réglementer par des mesures appropriées une procédure ultérieure qui assure la réalisation effective du droit à la

réouverture de la procédure, conformément aux principes de la protection des droits énoncés à l'article 6 de la Convention.

*Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 10.11.04, Sejdic / Italie*

IA/ 26302-A

[ALP]

---

***Convention européenne des droits de l'homme - Droit à un procès équitable - Droits et obligations de caractère civil - Notion - Interprétation autonome - Contentieux fiscal - Exclusion - Suites de l'ordonnance de la Cour de justice du 4 février 2000 dans l'affaire Emesa Sugar***

Appelée à se prononcer sur la compatibilité avec l'article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH du refus d'une demande de dépôt d'observations en réponse aux conclusions de l'avocat général dans une procédure préjudicielle devant la Cour de justice, la Cour EDH a déclaré la requête irrecevable *ratione materiae*.

La requérante, exploitante d'une sucrerie à Aruba, a exporté du sucre vers la Communauté. Aruba n'étant pas elle-même productrice de sucre, celui-ci est acheté à des raffineries de sucre de canne établies à Trinité-et-Tobago, qui est l'un des États ACP. Le sucre est transporté à Aruba où il fait l'objet d'opérations d'ouvroison et de transformation, à l'issue desquelles le produit est considéré comme fini.

La requérante a introduit une demande en référé devant le président de l'Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage afin qu'il soit interdit, entre autres, à l'État néerlandais de percevoir des droits à l'importation sur le sucre originaire des pays et territoires d'Outre-mer (PTOM) qu'elle se proposait d'importer. L'État néerlandais s'est fondé sur la décision 97/803 de la Commission européenne modifiant les règles concernant les produits d'origine PTOM et plus particulièrement le sucre, de sorte que l'administration néerlandaise a perçu des droits à l'importation sur le sucre de la requérante. Avant la modification desdites règles

communautaires, les produits de la requérante n'étaient pas frappés d'une telle taxe.

Dans le cadre de cette affaire, le président de l'Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage avait décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour de justice plusieurs questions préjudicielles. Au cours de la procédure préjudicielle (aff. C-17/98, Emesa Sugar (Free Zone) NV contre Aruba), la requérante avait introduit devant la Cour une demande de dépôt d'observations en réponse aux conclusions de l'avocat général.

Par ordonnance du 4 février 2000 (C-17/98, Rec. p. I-665), la Cour a rejeté cette demande en remarquant que l'article 6, paragraphe 1, de la Convention, relatif au droit de toute personne à ce que sa cause soit, dans une procédure contradictoire, entendue équitablement, ne fait pas obstacle à un tel rejet.

Suite à cette ordonnance et à la décision en considération de l'Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage, la requérante a déposé une requête devant la Cour EDH. Elle a allégué une violation de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention dans la mesure où la Cour lui a refusé le dépôt d'observations en réponse aux conclusions de l'avocat général dans ladite affaire.

La Cour EDH, sans traiter la question de savoir si la requête est irrecevable *ratione personae* (l'acte juridique concerné émanant de la Cour de justice et pas de l'État néerlandais), a décidé que la requête est irrecevable *ratione materiae*, son objet ne rentrant pas dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention. La Cour EDH affirme le principe de l'"autonomie" de la notion de "droits et obligations de caractère civil" au sens de l'article 6 de la Convention. Une procédure fiscale, comme celle en espèce, a évidemment un enjeu patrimonial, mais le fait de démontrer qu'un litige est de nature "patrimoniale" n'est pas suffisant à lui seul pour entraîner l'applicabilité de l'article 6, paragraphe 1, sous son aspect "civil". La Cour estime que la matière fiscale ressort encore au noyau dur des prérogatives de la puissance publique, le caractère public du rapport entre le contribuable et la collectivité restant prédominant. Dès lors, le contentieux fiscal entre la requérante et l'État néerlandais est

exclu de la notion de "droits et obligations de caractère civil". L'affaire ne relevant pas non plus du droit pénal, elle n'entre pas dans le champ d'application de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention.

*Cour européenne des droits de l'homme, décision de recevabilité du 13.01.05, EMESA SUGAR N.V. / Pays-Bas*

IA/ 26066-A

[ALP]

### Cour AELE

***Espace économique européen - Politique sociale - Rapprochement des législations - Transferts d'entreprises - Maintien des droits des travailleurs - Directive 77/187 - Champ d'application - Moment du transfert - Objections au transfert***

La Cour AELE s'est prononcée sur l'applicabilité de la directive 77/187, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, dans le cadre d'une affaire concernant un contrat de transfert des fonctions de maintenance et de support sur une installation destinée à la production de gaz, conclu entre l'opérateur de celle-ci et une autre société.

La Cour AELE a jugé que l'applicabilité de la directive n'est pas exclue lorsque les fonctions de maintenance et de support d'une entreprise sont transférées alors que la fonction de production ne l'est pas, et que les travailleurs affectés à ces fonctions travaillent en équipe tant avant qu'après le transfert. cet égard, elle relève:

"The Court recalls that in assessing the identity of the entity in question, it must be borne in mind that the activities pursued are not the only factors that characterise an entity. An entity cannot be reduced to the activity pursued by it. Its identity also emerges from other factors, such as its workforce, its management staff, the manner in which its work is organised, its

operating methods or indeed, where appropriate, the operational resources available to it (...).

Furthermore, as held by the Court in Eidesund, at paragraph 36 [arrêt du 25 septembre 1996, dans l'affaire E-2/95], for a part of a business' activity to be considered a separate economic entity, it must be distinguishable from its other activities, and normally have employees mostly assigned to that unit.

Article 1(1) of the Directive expressly provides that a transfer of an entity may concern only a part of an undertaking or business. In the case at hand, the entity in question is the maintenance and support functions of the Respondent. Whether the maintenance and support functions can be sufficiently distinguished from the production function and otherwise fulfil the conditions of Article 1(1)(b) of the Directive is a factual assessment for the national court to make, taking into account all the relevant factors.

In this regard, the Court notes that organisation by teams as opposed to organisation by formally defined departments, potentially makes it more difficult to identify an entity within the meaning of Article 1(1)(b). However, choice of organisational structure, as such, cannot render the Directive inapplicable. If that was the case, the Directive could be circumvented and thus its above-described aim to protect the rights of employees would be undermined." (points 31-34)

Elle a également jugé que la directive peut être applicable en cas de transfert des fonctions de maintenance sur une installation destinée à la production de gaz lorsqu'une partie considérable des effectifs, sur le plan du nombre et des qualifications, qui était occupée dans la fonction transférée, est employée par le cessionnaire qui continue à exercer cette fonction sur la même installation, et que l'application de la directive n'est de même pas exclue du simple fait que les outils et instruments utilisés pour la maintenance ne sont pas devenus la propriété du cessionnaire. Sur ce point, elle note:

"As stated above, the finding of a transfer of an undertaking within the meaning of the Directive is dependent on an overall assessment by the

A. *Jurisprudence*

referring court taking into account various factors. The transfer of assets may, depending on the circumstances, such as the particular industry and its method of operation, be a decisive factor. However, certain economic entities are less dependent on tangible and intangible assets for their operation than are others, in which case the absence of transferred assets does not in itself render the Directive inapplicable (...).

Where tangible assets are present and are an important factor for the performance of the activity in question and it is established that the transferee has the right to use any relevant assets in such a way as is necessary to enable the transferee to continue to perform the transferred activities, it is immaterial whether ownership of the assets is transferred. This is a matter for the referring court to determine.

One of the factors to be considered by the national court when deciding whether an undertaking, business or part of a business has been transferred is whether the transferee has employed the transferor's employees. If the work to be performed does not require any particular expertise or knowledge, the assumption of personnel is less indicative of the identity of the undertaking. On the other hand, where a high percentage of the personnel is taken over, and where the previous business is characterised by the high degree of expertise of its personnel, the engagement of that same personnel by the transferee, may support a finding of identity and continuity of the business. Where a business activity is characterised by a stable workforce carrying out the activity and where the transferee chooses to engage the workforce of the transferor for the continued operation of the business, this may suffice to constitute a transfer within the meaning of the Directive (...).

In a situation, as in the case at hand, where part of the workforce engaged in an activity is leased, it is necessarily only employed workers that may be taken over. In such a situation, the fact that the leasing contracts for leased personnel are taken over, supports the finding of identity of an entity within the meaning of the Directive and its continuity.

Finally, the Court notes that an agreement on transfer within the meaning of Article 1(1) can be a part of a contract covering other issues, and employees of the transferred entity can thus, contrary to what the Appellants submit, constitute a small portion of the overall agreement without affecting the applicability of the Directive." (points 38-42)

En outre, la Cour AELE a jugé qu'une entité économique au sens de l'article 1er, paragraphe 1, sous b), de la directive peut conserver son identité lorsqu'une partie d'une entreprise est transférée d'une société à une autre, qui exerce la même activité ou des activités correspondantes conjointement avec une autre société appartenant au même groupe de sociétés, et lorsque chaque société emploie une partie des travailleurs en cause. À cet égard, elle observe :

"... the absence of a direct contractual link between the transferor and the transferee cannot preclude the application of the Directive if an overall assessment of the transaction indicates a transfer within the meaning of the Directive (...). The Directive has also been held applicable to a subcontracting situation on the ground that it is sufficient for a transfer to be part of the web of contractual relations even if indirect (...).

Provided that other conditions for the application of the Directive have been met, its applicability is similarly not precluded by the fact that the transferee carries out the transferred functions together with an affiliated company within the same group of companies, which also engages some of the transferred employees. Determinative, is whether the same functions will continue to be performed. A different result would make the application of the Directive subject to the transferee's organisation of its work." (points 47-48)

Enfin, la Cour AELE a interprété l'article 3, paragraphe 1, de la directive en ce sens que les relations d'emploi sont transférées au cessionnaire en vertu du transfert et simultanément à celui-ci, en ce qui concerne les travailleurs n'ayant pas déclaré, antérieurement au transfert, ne pas vouloir travailler pour le cessionnaire.

*EFTA COURT, 10.12.04, E-2/04, Reidar Rasmussen, Jan Rossavik and Johan Kåldman/Total E&P Norge AS*

IA/26149-A

[JHS]

---

***Espace économique européen - Sécurité sociale des travailleurs migrants - Législation applicable - Certificat E 101 délivré par l'institution compétente de l'État membre d'origine***

Dans le cadre d'une affaire portant sur le rejet de la demande introduite par des marins résidant en Grèce et travaillant à bord d'un navire battant pavillon norvégien d'être exemptés de l'application de la législation norvégienne en matière de sécurité sociale, la Cour AELE a jugé qu'il est incompatible avec les règles sur la détermination de la législation applicable prévues au Titre II du règlement n° 1408/71, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, que l'État de pavillon part de la prémisses que l'État de résidence doit avoir émis un certificat E 101 ou une déclaration contenant des informations équivalentes pour que la législation de l'État de résidence trouve à s'appliquer conformément à l'article 14 bis, sous 4), et qu'en l'absence de tels documents, la législation de l'État du pavillon est applicable en vertu de l'article 13, paragraphe 2, sous c) du règlement.

À cet égard, la Cour AELE relève : "The starting point for the Court must be that Regulation 1408/71 provides for coordination and not harmonisation of social security legislations of the Contracting Parties. In order to facilitate the free movement of workers, Title II of Regulation 1408/71 contains provisions that constitute a complete and uniform system of choice of law rules. Those rules are intended to prevent the simultaneous application of more than one national system of social security legislation to persons covered by the Regulation, and to ensure that those persons are not left without social security cover because there is no legislation applicable to them (...).

The choice of law rules of Title II of Regulation 1408/71 are binding in the sense that a Contracting Party cannot decide the extent to which its own legislation or that of another State applies. In order to facilitate their implementation, Regulation 1408/71 and Regulation 574/72 establish a system of cooperation and reconciliation between the Contracting Parties. In the Community, a central body, the Administrative Commission, deals with administrative questions and questions of interpretation. In the EEA context, the rights and duties conferred upon the Administrative Commission are assumed by the EEA Joint Committee, cf. point II under the heading "Sectoral Adaptations" in Annex VI to the EEA Agreement.

The duty of the competent institutions of a Contracting Party to issue a certificate declaring that its legislation applies to a certain individual in a given situation, is an essential feature of the system. Pursuant to Regulation 574/72, the Administrative Commission has to draft model certificates to be used by the Contracting Parties, cf. Article 2. Form E 101 constitutes such a model certificate. Its aim is to facilitate the implementation of Regulation 1408/71, and thereby the free movement of workers (...).

Article 3 EEA lays down the principle of sincere cooperation between the Contracting Parties. Article 84 of Regulation 1408/71 is a specification of this principle and imposes a duty on the issuing institution to carry out a proper factual assessment and consequently to guarantee the correctness of the information contained in form E 101 (...).

It follows from the principle of sincere cooperation and the aims of the choice of law rules contained in Title II of Regulation 1408/71, that once form E 101 has been issued, it is binding on other Contracting Parties in so far as it establishes a presumption that the individual in question falls under the social security legislation of the issuing State (...). The same applies with respect to equivalent official statements. If the competent institution of the flag State doubts the correctness of the issued form, the competent institution of the State of residence is obliged to reconsider whether the form was properly issued and, if appropriate withdraw it (...).

In a situation, such as the one at hand, where no form E 101 has been issued, the States concerned are similarly under an obligation to ensure the correct application of the choice of law rules contained in Title II of Regulation 1408/71. That follows from the principle of sincere cooperation which is laid down in Article 3 EEA. The flag State must assess whether the conditions of Article 14b(4) of Regulation 1408/71 are fulfilled, and for that purpose evaluate other evidence presented to it, including unofficial evidence. Any other solution would impair legal certainty and thereby undermine the aims of the choice of law rules in Regulation 1408/71 and restrain the free movement of workers.

This is further supported by the wording of Article 84(3) of Regulation 1408/71, which stipulates that authorities and institutions of the Contracting Parties may, for the purpose of implementing the Regulation, communicate directly with one another and with the persons concerned or their representatives. Form E 101 or an equivalent statement is therefore not a legal precondition to the application of the rule in Article 14b(4).

If the flag State is satisfied that the evidence made available to it allows the conclusion that the conditions of Article 14b(4) are fulfilled, its legislation will not be applicable, and the flag State should notify the identified State of residence. If, in that situation, the identified State of residence does not acknowledge that its legislation applies, the competent institutions of both States are bound to seek a settlement of the issue through all practicable channels, including, if necessary, referring of the matter to the EEA Joint Committee, cf. Article 111 EEA." (points 27-34)

*EFTA COURT, 14.12.04, E-3/04, Tsomakas Athanasios and Others with Odjell ASA as an accessory intervener / The Norwegian State*

IA/26150-A

[JHS]

## II. Juridictions nationales

### 1. États membres

#### Allemagne

***Droits fondamentaux - Droit fondamental à un contrôle juridictionnel efficace - Juridiction nationale ne tenant pas compte des décisions de juridictions d'autres États membres exprimant des doutes sérieux sur la validité d'un acte communautaire - Violation***

Le Bundesverfassungsgericht a annulé pour violation du droit fondamental à un contrôle juridictionnel efficace une décision de l'Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, dans laquelle cette juridiction avait exclu le caractère sérieux des doutes existant sur la validité d'une directive communautaire alors même que de tels doutes avaient déjà été émis par des juridictions dans d'autres États membres.

Dans l'affaire jugée par l'Oberverwaltungsgericht, le requérant, producteur d'aliments composés pour animaux, avait demandé des mesures provisoires afin de pouvoir mettre sur le marché ses produits sans la déclaration obligatoire prévue dans le règlement sur les aliments composés pour animaux ("Futtermittelverordnung") transposant la directive 2002/2/CE du Parlement et du Conseil. Le requérant soutenait, entre autres, que des doutes sérieux existaient sur la validité de la directive, celle-ci faisant déjà l'objet de renvois préjudiciels, tous actuellement pendants devant la Cour de Justice, par la High Court of Justice anglaise (C-453/03), le Conseil d'État français (C-12/04), le Consiglio di Stato italien (C-11/04) et la Rechtsbank te's-Gravenhage néerlandais (C-194/04). Selon l'Oberverwaltungsgericht, si des doutes existaient sur la validité de ladite directive, ils n'étaient toutefois pas suffisants pour accorder les mesures demandées, l'octroi de mesures provisoires requérant des doutes sérieux et la constatation de l'état d'urgence, ce qui n'aurait pas été le cas en l'espèce.

Dans l'arrêt annulant cette décision, le Bundesverfassungsgericht conclut à la violation

de la garantie fondamentale à un contrôle juridictionnel efficace au motif que, dans la décision attaquée, l'Oberverwaltungsgericht n'a pas tenu compte des renvois préjudiciels décidés par d'autres juridictions dans d'autres États membres et du sursis à l'exécution des mesures de transposition correspondant, ce qui attestait pourtant des doutes sérieux sur la validité de la directive en cause. Selon le Bundesverfassungsgericht, si l'Oberverwaltungsgericht n'est pas lié par de telles décisions de renvoi, il n'en demeure pas moins que, s'agissant de la validité du droit communautaire, la position des juridictions d'autres États membres est également d'importance pour les tribunaux allemands. Le caractère sérieux des doutes existant sur la validité de la directive communautaire litigieuse ne pouvait dès lors pas être exclu sans aucune référence et appréciation des doutes émis par les autres juridictions: l'Oberverwaltungsgericht aurait dû prendre en considération et apprécier l'argumentation de telles décisions. Le Bundesverfassungsgericht estime en effet que l'Oberverwaltungsgericht, en procédant à une telle analyse approfondie, aurait pu finir par douter sérieusement de la validité de la directive en cause, ce qui l'aurait conduit à ordonner les mesures provisoires demandées.

*Bundesverfassungsgericht, 27.07.04, 1 BvR 1542/04, dans Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2004, p. 1346*

IA/26307-A

[KPS]

## **Belgique**

***Concurrence - Ententes - Décision d'une association d'entreprises - Risque de violation du droit national de la concurrence - Adoption de mesures provisoires - Application du Règlement n° 1/2003 - Absence de violation de l'article 81, paragraphe 1, CE - Incidence - Annulation des mesures provisoires***

Saisie d'un recours à l'encontre d'une décision de mesures provisoires du président du conseil de la concurrence, la cour d'appel de Bruxelles a, dans un arrêt du 29 septembre 2004, fait pour la première fois application de l'article 3, alinéa 2, du règlement du Conseil n° 1/2003.

Le litige soumis à la juridiction bruxelloise a pour origine une décision de l'union professionnelle "Koninklijke Gilde van Vlaamse Antiquairs" interdisant à ses membres, des commerçants antiquaires, de participer à toute foire d'antiquités dont elle n'était pas l'organisatrice, sous peine d'exclusion de la "Gilde". Étaient particulièrement visées par cette interdiction les foires d'antiquités organisées par la société MSA. Celle-ci déposa plainte contre la "Gilde" auprès du conseil de la concurrence, plainte qui aboutit, le 24 décembre 2002, à la décision litigieuse de son président déclarant fondée la demande de mesures provisoires en raison d'une apparence de violation de la concurrence sur le marché belge des antiquaires et sur celui de l'organisation des foires d'antiquités.

Dans son analyse de la compatibilité, sur le marché belge du commerce des antiquités, de la décision de cette association d'entreprises avec l'article 2 de la loi sur la protection de la concurrence économique (ci après "LPCC"), la cour d'appel constate que, vu le caractère prestigieux de cette union professionnelle et vu le nombre plus élevé de manifestations qu'elle organise, les membres n'ont guère d'autre alternative que de renoncer à participer aux foires interdites organisées par MSA. S'agissant ensuite du marché de l'organisation des foires d'antiquités, elle estime que l'interdiction édictée par la "Gilde" peut y avoir un effet de restriction de la concurrence, ladite interdiction pouvant effectivement entraîner une diminution du nombre de participants aux foires d'antiquités de MSA, et partant, une impossibilité de les organiser.

Examinant dans un second temps le caractère sensible ou non de la limitation de concurrence exigé par l'article 2 précité, la cour admet qu'il puisse exister sur le marché du commerce des antiquités vu que les membres de la "Gilde" représentent 18 % de ce marché belge. En outre, il ressort des brochures de MSA que ce ne sont pas seulement des antiquaires flamands ou belges qui participent aux foires mais également des commerçants étrangers. Quant au marché des organisateurs de foires, il faut reconnaître que la "Gilde" est y un opérateur important.

La juridiction belge en conclut que le président du conseil de la concurrence a très justement



décidé que l'interdiction dénoncée semblait restreindre de manière sensible la concurrence sur le marché belge ou flamand du commerce des antiquités, mais également sur celui des organisateurs de foires.

Depuis cette décision, le règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité est entré en vigueur. Aux termes de son article 3, alinéa 2, première phrase, l'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE. La cour d'appel considère d'abord que l'affectation du commerce entre États membres peut raisonnablement être admise, eu égard à la présence active d'antiquaires étrangers sur le marché belge ou flamand et à leur participation aux foires de MSA. En effet, la décision d'association d'entreprises litigieuse pourrait conduire à l'impossibilité pour MSA d'organiser ses foires et, partant, à une impossibilité pour ces marchands d'y vendre leurs antiquités. Examinant ensuite in concreto l'affectation du marché intracommunautaire, la juridiction bruxelloise estime qu'il ne lui semble pas qu'on puisse la qualifier de sensible car seule une vingtaine d'antiquaires étrangers participeraient aux foires organisées par la société MSA et ceux-ci pourraient facilement atteindre le même public en participant à d'autres foires. L'interdiction édictée par la "Gilde" ne constitue donc pas une décision d'association d'entreprises interdites par l'article 81, paragraphe 1, CE.

Vu que le droit national de la concurrence ne peut conduire à interdire ce qui n'est pas contraire à l'article 81 CE, la cour d'appel en conclut que les mesures provisoires décidées par le président du conseil de la concurrence, bien qu'elles aient été prises à bon droit en 2002, ne peuvent poursuivre leurs effets. Elle annule cette décision pour l'avenir et déclare ainsi les mesures provisoires non fondées pour le futur.

*Cour d'appel de Bruxelles, 29.09.04, 9ème chambre bis, Numéro de rôle 2004/6081. Cet arrêt est disponible sur le site internet de la Commission à l'adresse suivante: [http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/national\\_courts/index\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/national_courts/index_en.html)*

IA/25761-A

[EVH]

## Espagne

### ***Union européenne - Coopération policière et judiciaire en matière pénale - Mandat d'arrêt européen et procédures de remise entre États membres - Sursis à l'exécution en vue de la préservation de la finalité d'un recours pour la protection des droits fondamentaux***

Dans le cadre d'un recours pour la protection des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle a décidé d'office, sans entendre préalablement ni le ministère public ni la partie requérante le sursis à l'exécution d'une ordonnance de l'Audiencia Nacional accordant l'exécution d'un mandat d'arrêt européen.

La partie requérante, un citoyen espagnol, avait fait d'abord l'objet d'un mandat d'arrêt international émis par les autorités judiciaires françaises en vertu de la Convention européenne d'extradition, qui avait été rejeté au motif de l'absence de réciprocité en ce qui concerne l'extradition des nationaux. Suite à l'émission d'un autre mandat d'arrêt sur la base, cette fois, de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, l'Audiencia Nacional avait accordé l'exécution du mandat européen, en la subordonnant à la condition que la personne concernée fût renvoyée en Espagne afin d'y subir la peine qui serait éventuellement prononcée à son encontre en France, selon les termes de l'article 5, sous 3) de la décision-cadre.

La personne en détention forma ensuite un recours devant la Cour constitutionnelle pour la protection des droits fondamentaux ("recurso de amparo") à l'encontre de l'ordonnance de l'Audiencia Nacional. La première chambre de la Cour constitutionnelle, en même temps qu'elle a déclaré par une autre décision le

recours recevable, a décidé, par ordonnance du 17 juillet 2004, d'office, à titre provisoire, et sans avoir entendu ni le requérant ni le ministère public, le sursis immédiat à l'exécution de l'ordonnance attaquée, a décidé que la procédure continuerait à suivre son cours et a fixé un délai pour la présentation d'observations écrites par le requérant et le ministère public. La motivation particulièrement succincte de l'ordonnance se base sur la nécessité de préserver la finalité du recours "compte tenu de l'urgence du cas d'espèce, puisque les décisions sur le mandat d'arrêt européen s'exécutent dans de très brefs délais".

Un des quatre magistrats de la chambre a exprimé une opinion dissidente à l'encontre de cette ordonnance. Après avoir constaté l'importance de la décision-cadre, "pierre angulaire" du troisième pilier de l'Union européenne et fruit de l'évolution d'un système d'extradition archaïque, basé sur le maintien des procédures nationales, vers un système nouveau, basé sur la reconnaissance quasi-automatique des décisions judiciaires à la lumière des principes de confiance et d'équivalence, ce magistrat fait valoir que, sauf dans des cas extrêmement exceptionnels, l'adoption par les juridictions constitutionnelles européennes de mesures provisoires à l'encontre des ordres d'exécution des mandats d'arrêt européen est incompatible avec le système instauré par la décision-cadre et risque de le mettre en péril. À son avis, le sursis à l'exécution accordé rend difficile le respect par l'État espagnol des obligations découlant de la décision-cadre. Dans ce même sens, le caractère très succinct de l'ordonnance lui semble insuffisant, s'agissant du respect de l'obligation d'informer immédiatement l'autorité judiciaire d'émission des raisons du retard dans l'exécution du mandat. D'autre part, ce magistrat met en relief la fragilité de la base légale, en droit national, pour adopter une mesure provisoire inaudita parte, puisque, à défaut de disposition expresse le permettant, les précédents dans la jurisprudence de la Cour s'inséraient dans un contexte différent, celui des procédures administratives d'extradition. Finalement, le magistrat auteur de l'opinion dissidente, tout en admettant la possibilité de former un recours pour la protection des droits fondamentaux à l'encontre des décisions

d'exécution des mandats d'arrêts européens, même lorsqu'un tel recours n'est pas prévu par la législation espagnole de mise en œuvre de la décision-cadre, critique l'absence de *periculum in mora* et de *fumus boni iuris* dans le cas d'espèce, et l'absence de prise en compte de la disposition de la loi organique sur la Cour constitutionnelle permettant le refus du sursis à l'exécution lorsque celui-ci peut impliquer une grave perturbation des intérêts généraux.

Postérieurement, au vu de l'accord du requérant et du ministère public, la Cour, par ordonnance du 18 octobre 2004, a confirmé le sursis à l'exécution, en appliquant des critères identiques à ceux déjà établis pour les cas d'extradition passive et en constatant l'absence de perturbation grave des intérêts généraux ou de ceux d'un tiers, tout en rappelant la nécessité de statuer sur le recours au fond dans les plus brefs délais et la possibilité pour le juge compétent de maintenir ou d'accorder les mesures provisoires nécessaires pour garantir la mise à disposition de la justice du requérant. Cette décision ne comporte aucune opinion dissidente.

*Tribunal Constitucional. Sala primera. Auto num. 320/2004, 27.07.04*

IA/25470-A

*Tribunal Constitucional. Sala primera. Auto num. 388/2004, 18.10.04*

IA-26221-A

[AAM]

---

***Traité établissant une Constitution pour l'Europe - Contrôle préalable de constitutionnalité - Primauté du droit de l'Union européenne - Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - Conformité avec la Constitution espagnole -***

Saisi d'une demande du gouvernement espagnol en vertu de la procédure de contrôle préalable de la constitutionnalité des traités prévue par l'article 95.2 de la Constitution espagnole de 1978, le Tribunal Constitucional a déclaré, par une décision du 13 décembre 2004, la compatibilité des articles I-6, II-111 et II-112 du traité établissant une Constitution pour l'Europe

avec la Constitution, ce qui permettra la poursuite de la procédure de ratification sans passer par une réforme constitutionnelle.

S'agissant de l'absence de contradiction entre, d'une part, l'article I-6 du traité, qui assure expressément la primauté du droit communautaire, et, d'autre part, notamment, les articles 9.1 et 1.2 de la Constitution, expression, respectivement, du caractère normatif suprême de la Constitution et de l'attribution de la souveraineté au peuple espagnol, l'analyse du Tribunal se développe autour de quatre lignes discursives.

En premier lieu, après avoir rappelé que la disposition en cause du traité n'est qu'un reflet de la jurisprudence de la Cour de justice, ainsi que l'a constaté la déclaration relative à cet article annexée au traité, le Tribunal Constitucional fait valoir le système de garanties dans lequel s'inscrit le principe de primauté et qui assurent l'existence des États membres et le respect de leurs structures politiques et constitutionnelles fondamentales (art. I-5, paragraphe 1), ainsi que de leurs valeurs et principes supérieurs, et notamment des droits fondamentaux (art. I-2 et II-113). Ces garanties, à son avis, permettront d'éliminer les réserves que certaines juridictions constitutionnelles nationales avaient exprimées à l'égard d'autres modifications des traités.

En second lieu, le Tribunal remarque que la primauté n'est pas de portée générale, mais circonscrite aux compétences attribuées librement à l'Union, qui sont, de plus, souverainement récupérables selon la procédure visée par l'article I-60 du traité. Il s'agit, par ailleurs, d'un système de compétences défini avec davantage de précision (art. I-12 à I-17), limité et rationalisé en vertu des principes de subsidiarité et de proportionnalité (art. I-11, paragraphes 3 et 4) ainsi que de la nouvelle clause de flexibilité, faisant place à l'intervention des Parlements nationaux dans le cadre de la procédure de contrôle du principe de subsidiarité (art. I-18).

Troisièmement, le Tribunal avance un argument de dogmatique juridique générale, basé sur les différences entre les notions de "primauté" et "suprématie". La suprématie agit dans le champ des procédures d'approbation des normes, tandis

que la primauté, opère sur le plan de leur application. La suprématie se fonde sur la supériorité hiérarchique d'une norme, source de validité pour les normes inférieures, ce qui implique l'invalidité de ces normes lorsqu'elles sont contraires à la norme suprême. La primauté, en revanche, ne se base pas nécessairement sur la hiérarchie, mais sur la distinction entre des domaines différents d'application de normes, en principe, également valides, mais dont certaines d'entre elles possèdent la capacité d'écarter les autres en vertu de leur application préférentielle. Toute suprématie implique, en principe, primauté, hormis les cas où la norme suprême a prévu, dans un certain domaine, sa propre inapplication. La suprématie de la Constitution est donc compatible avec des régimes d'application préférentielle d'un autre ordre juridique si celle-ci le permet, ce qui est le cas de son article 93, autorisant la cession de l'exercice de compétences dérivées de la Constitution. C'est justement en vertu de cette disposition que l'acquis communautaire, dont le principe de primauté faisait déjà partie, a été introduit dans l'ordre juridique espagnol depuis l'adhésion aux Communautés européennes en 1986. Le Tribunal rappelle, à cet égard, que le principe de primauté du droit communautaire a été normalement reconnu par sa jurisprudence.

En quatrième lieu, le Tribunal Constitucional, à titre d'ultime garantie, fait valoir que, dans le cas difficilement concevable d'une évolution du droit de l'Union pouvant le rendre incompatible avec la Constitution espagnole, si les procédures ordinaires prévues par le traité ne pouvaient pas remédier aux excès hypothétiques du droit européen, le Tribunal Constitucional pourrait toujours examiner les problèmes suscités, sans préjudice de la clause de sauvegarde de la souveraineté assurée par l'article I-60, vrai contrepoint de l'article I-6 et qui permet de mesurer la dimension réelle de la primauté, incapable de surmonter l'exercice d'un retrait volontaire, réservé à la volonté souveraine et suprême des États membres.

En ce qui concerne la compatibilité avec la Constitution des articles I-111 et I-112 du traité, relatifs au champ d'application, à la portée et à l'interprétation des droits fondamentaux, le Tribunal distingue deux questions différentes.

## A. Jurisprudence

La première, relative à la compatibilité générale de la Charte des droits fondamentaux avec ceux garantis par la Constitution, ainsi qu'aux problèmes d'articulation entre les trois systèmes de protection de ces droits qui seront d'application en Espagne (celui du traité, le national et celui découlant de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales), trouve sa réponse dans l'affirmation de la compétence du Tribunal Constitucional pour préciser le contenu concret des droits assurés par les pouvoirs publics espagnols, à partir de la concurrence, à cet effet, des normes nationales et internationales. Les problèmes concrets qui pourraient surgir avec l'intégration du traité ne peuvent pas faire l'objet d'un jugement anticipé et abstrait. À l'instar des questions soulevées par l'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme, la solution ne peut être obtenue qu'au moyen des procédures constitutionnelles, en examinant les circonstances du cas concret, dans un dialogue permanent avec les Tribunaux compétents pour l'interprétation authentique des conventions internationales reconnaissant des droits de formulation coïncidant avec celle des droits proclamés par la Constitution espagnole.

La seconde question que se pose le Tribunal concerne, plus particulièrement, la compatibilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union avec l'article 10.2 de la Constitution, selon lequel les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution sont interprétées conformément aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne. D'une part, cette disposition, en effet, étend d'une manière indirecte la champ d'application de la Charte au-delà du domaine déterminé par l'article II-111, paragraphe 1, de telle sorte que les critères d'interprétation et d'application des droits y reconnus peuvent s'imposer également aux pouvoirs publics espagnols en dehors de la mise en œuvre du droit communautaire, sans oublier, d'autre part, que les juges espagnols, en tant que juges européens, appliqueront, simultanément, et presque sans aucune exception, lors de l'application des droits de la Charte, les droits fondamentaux constitutionnels correspondants, de sorte que l'on peut s'interroger sur la compatibilité de l'interprétation de tels droits au regard tant de la

Charte que de la jurisprudence du Tribunal Constitucional. Pour la haute Cour espagnole, la valeur interprétative de la Charte n'impliquera pas davantage de problèmes que ceux posés actuellement par la Convention européenne des droits de l'homme, car tant la jurisprudence du Tribunal, sur la base de l'article 10.2 de la Constitution, que l'article II-112 de la Charte opèrent à partir d'un ensemble de références à cette Convention, de sorte que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg devient finalement un dénominateur commun pour la définition du contenu minimum protégé. Le traité n'implique donc pas une modification qualitative du système national de délimitation des droits fondamentaux. Le Tribunal Constitucional rappelle, enfin, que, d'après l'article II-113 du traité, la Charte ne comporte qu'un niveau minimal de protection à partir duquel il est possible de développer le contenu de chaque droit et liberté, jusqu'à atteindre la densité de contenu assurée par le droit interne.

Trois magistrats ont formulé individuellement des opinions dissidentes à l'encontre de l'arrêt car, bien que partageant son analyse en ce qui concerne la compatibilité de la Charte avec la Constitution, ils estiment que l'article I-6 du traité comporte une altération trop profonde du système constitutionnel espagnol, de sorte que le recours à une simple loi organique autorisant la ratification sans une réforme constitutionnelle serait insuffisant.

*Tribunal Constitucional. Pleno. Decisión num. 1/2004. 13.12.04*

IA-26221-A

[AAM]

## France

***Traité établissant une Constitution pour l'Europe - Contrôle préalable de constitutionnalité - Transfert de compétences affectant les conditions d'exercice de la souveraineté nationale - Nécessité d'une révision préalable de la Constitution***

Dans une décision rendue, sur saisine du Président de la République, le 19 novembre 2004, le Conseil constitutionnel vient d'affirmer que la Constitution devra être révisée

préalablement à la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe. C'est désormais la troisième fois que le Conseil constate l'existence d'"inconstitutionnalités" dans un traité relatif à l'Union européenne.

Comme dans leur décision sur le traité de Maastricht, les Sages ont réitéré la formule selon laquelle l'autorisation de ratifier des engagements internationaux appelle une révision constitutionnelle lorsqu'ils "portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale". C'est à l'aune de ce critère que les Sages ont passé au crible les dispositions du traité qui leur ont été soumis pour contrôle de constitutionnalité.

S'agissant en premier lieu de l'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe (sur cet article, v. en particulier : P. Cassia, "L'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes", *Europe*, décembre 2004, p. 6), le Conseil, après avoir rappelé le caractère international du traité soumis à son contrôle, considère que ledit article, s'il affirme la primauté du droit de l'Union sur le droit national, doit se lire à la lumière de l'ensemble des autres dispositions du traité, ainsi que de la commune intention des parties signataires. Il résulte en effet de ces dispositions combinées, en particulier de l'article I-1 (en vertu duquel les compétences attribuées à l'Union s'exercent "sur le mode communautaire") et de l'article I-5 (aux termes duquel : "L'Union respecte l'identité nationale des États membres inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles"), que la portée du principe de primauté du droit de l'Union demeure inchangée par rapport à celle que lui conférait déjà l'article 88-1 de la Constitution, comme l'a jugé le Conseil constitutionnel en juin et juillet 2004 (voir *Reflète n° 2/2004*, p. 12). En conséquence, la ratification de l'article I-6 ne nécessite aucune révision constitutionnelle préalable.

Il en va de même en ce qui concerne la ratification de la Charte des droits fondamentaux formant la deuxième partie du traité sous examen. Le Conseil considère, à son sujet, que, compte tenu des clauses de limitation particulières et générales dont elle est assortie, ladite Charte n'est contraire à la Constitution

française ni par son contenu, ni par ses effets sur la souveraineté nationale. Il en va ainsi, en particulier, des dispositions de l'article II-70 relatives aux pratiques religieuses manifestées en public. En effet, conformément aux "explications" annexées à la Charte (et qui ont la même valeur juridique que le traité), le droit garanti par cet article a le même sens et la même portée que celui octroyé par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. Or, constate le juge constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'homme interprète cet article en harmonie avec la tradition constitutionnelle de chaque État membre. Prenant acte de la valeur du principe de laïcité inscrit dans plusieurs traditions constitutionnelles nationales, elle laisse aux États une large marge d'appréciation pour définir les mesures les plus appropriées, compte tenu de leurs traditions nationales, pour concilier la liberté religieuse avec le principe de laïcité.

Parmi les stipulations du traité qui transfèrent à l'Union européenne des compétences affectant les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale dans des domaines ou selon des modalités autres que ceux prévus par les traités mentionnés à l'article 88-2 de la Constitution française, et méritant, à ce titre, une révision constitutionnelle, le juge constitutionnel commence par s'intéresser au principe de subsidiarité. S'il reconnaît implicitement que ledit principe tend à limiter le champ d'intervention de l'Union, il estime toutefois que sa "mise en oeuvre pourrait ne pas suffire à empêcher que les transferts de compétence autorisés par le traité revêtent une ampleur ou interviennent selon des modalités telles que puissent être affectées les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale". Il distingue ensuite trois catégories de dispositions susceptibles de méconnaître les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

La première d'entre elles est celle des "transferts de compétences intervenant dans des matières nouvelles". À cet égard, sont notamment concernées les stipulations qui transfèrent au niveau communautaire des compétences régaliennes telles que le contrôle aux frontières ou encore la coopération judiciaire en matière civile et pénale. La deuxième catégorie

comprend les clauses du traité qui réaménagent des compétences qui, bien que déjà transférées, affectent désormais, dans leurs nouvelles modalités (principalement le passage de l'unanimité à la majorité qualifiée), les conditions essentielles de la souveraineté nationale. Quant à la troisième catégorie, elle est relative "au passage à la majorité qualifiée en vertu d'une décision européenne ultérieure". Sont ici en cause les différentes "clauses passerelles" et la procédure de révision simplifiée du traité. À leur sujet, le Conseil constate que si le texte de la nouvelle constitution européenne subordonne tout changement de procédure décisionnelle à la règle de l'unanimité au sein du Conseil européen ou du Conseil des ministres, de telles clauses "ne nécessiteront, le moment venu, aucun acte de ratification ou d'approbation nationale de nature à permettre un contrôle de constitutionnalité sur le fondement de l'article 54 ou de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution".

Enfin, le Conseil se prononce sur l'accroissement de la participation des parlements nationaux aux activités de l'Union européenne. Parmi les nouvelles prérogatives qui leur sont reconnues, le juge constitutionnel en recense trois (faculté de s'opposer à la mise en oeuvre de la procédure de révision simplifiée du traité, possibilité, dans le cadre du contrôle du respect du principe de subsidiarité, de provoquer au moyen d'un avis motivé, le réexamen d'un projet d'acte législatif par l'institution compétente de l'Union et, toujours dans le même cadre, de faire valoir leur point de vue devant la Cour de justice via un recours transmis par l'État membre concerné). Le Conseil observe que toutes ces attributions impliquent l'adoption, par le Parlement français, d'une véritable décision exprimant son point de vue sur une question. Or, en l'état actuel, la Constitution ne permet pas l'exercice de telles prérogatives.

*Décision 2004-505 DC, 19.11.04, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, JORF du 24.11.04, p. 19885*

IA/26212-A

[DPH]

## Grèce

### *Liberté d'établissement - Sociétés - Directive du Conseil 77/91 - Modification du capital d'une société anonyme - Inadmissibilité d'une réglementation nationale prévoyant l'augmentation du capital d'une société en difficultés financières par voie d'acte administratif - Conséquences - Incidence de l'arrêt de la Cour dans une affaire similaire*

La présente décision se situe dans la lignée du dialogue engagé entre certaines juridictions helléniques et la Cour de justice portant sur la compatibilité des augmentations du capital de certaines entreprises en difficultés financières avec le droit communautaire et, en particulier, avec les dispositions de la deuxième directive n° 77/91 du Conseil, concernant le droit des sociétés (voir *Reflets* n° 2/2001, p. 14). La décision en question présente un double intérêt. D'une part, elle prononce le retrait de la question préjudicielle que l'Assemblée plénière de l'Areios Pagos (Cour de cassation) avait posée à la Cour dans le cadre de l'affaire G 303/01 (Ordonnance de radiation de la part du président de la Cour, du 31 juillet 2002, JO C 274 du 9 novembre 2002, p. 24). D'autre part, elle fait suite à la décision rendue par une autre juridiction civile, le Polymeles Protodikeio Athinon (Tribunal de grande instance d'Athènes), après l'arrêt de la Cour de justice du 23 mars 2000 (aff. C-373/97, Diamantis/Elliniko Dimosio, Rec. p. I-01705).

Dans la présente décision, l'Assemblée plénière de l'Areios Pagos reprend l'essentiel de la motivation de la Cour de justice dans cette dernière affaire. Elle affirme notamment que la directive 77/91, dont l'article 25 avait été violé par une première réglementation nationale (loi 1386/1983), ne prévoit pas de sanction spéciale pour le cas de sa violation. Dès lors, l'effet direct de la directive n'a pas pour effet de déterminer des sanctions. Celles-ci restent du ressort de la loi nationale, à laquelle il est ainsi reconnu une grande marge de discrétion en la matière. Le Areios Pagos évoque par la suite l'arrêt Marshall de la Cour du 2 août 1993 (aff. C-271/91, Rec. p. I-04367), pour affirmer que lorsqu'une directive n'établit pas elle-même des sanctions, celles déterminées par la loi nationale peuvent consister soit en des sanctions in natura, soit en la restitution du préjudice subi.

La haute juridiction conclut que la nouvelle réglementation nationale (loi 2685/1999, art. 28 par. 1 et 2), qui valide les actions émises suite à des augmentations du capital social effectuées en violation de l'article 25, paragraphe 1, de la directive 77/91, mais qui prévoit, en contrepartie, un droit d'indemnisation complète des actionnaires lésés pour le préjudice qu'ils en ont éventuellement subi, remplit, au vu de la protection juridictionnelle effective et équivalente des intéressés qu'elle atteint, les exigences posées par les principes de la sécurité juridique, de la confiance légitime et de la proportionnalité du droit communautaire.

*reios Pagos, ?lomeleia, Apofasis tis 26.06.02, 31/2002*

QP/04496-P1

[RA]

## Italie

***Droit communautaire - Principes - Droits fondamentaux - Convention européenne des droits de l'homme - Article 6 - Durée des procédures judiciaires - Loi nationale établissant une responsabilité de l'État en cas de violation de l'article 6 - Droit du justiciable à la réparation du préjudice subi - Interprétation conforme à la jurisprudence de la CEDH - Réparation du préjudice moral***

Par quatre arrêts du 26 janvier 2004, la Cour de cassation a précisé le rôle que les juges nationaux doivent attribuer à la jurisprudence de la Cour EDH dans l'interprétation des dispositions de la loi n° 89/2001 (ci-après la "loi Pinto") portant sur la réparation des dommages découlant de la durée excessive des procédures judiciaires.

Ces quatre affaires concernaient toutes des recours contre des décisions juridictionnelles déniaient le droit des requérants à la réparation d'un préjudice moral subi, mais non démontré. Lesdites décisions s'appuyaient sur une jurisprudence constante selon laquelle le préjudice moral doit nécessairement être prouvé par le requérant, n'étant pas une conséquence automatique de la constatation de la durée excessive d'une procédure.

La Cour de cassation a décidé de revoir cette jurisprudence à la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH en la matière. À cet égard, la Cour a souligné que, aux termes de l'article 2 § 1 de la loi Pinto, le fait juridique à l'origine du droit à une satisfaction équitable est la violation de l'article 6 de la Convention EDH. Il s'en suit que c'est à la Cour de Strasbourg d'apprécier tous les éléments dudit fait juridique, et que la jurisprudence en la matière s'impose aux juges nationaux lorsqu'ils appliquent la loi Pinto. La solution contraire, qui permettrait un développement divergent de la jurisprudence relative à la loi Pinto par rapport à la jurisprudence de la Cour EDH en matière de durée excessive des procédures judiciaires, emporterait une violation de la part de l'État italien de l'article 1 de la Convention, selon lequel "les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention".

En application de ce principe général d'interprétation de la loi Pinto, la Cour de cassation a relevé que, selon la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, le préjudice moral causé par la durée excessive d'une procédure judiciaire est normalement réparé sans nécessité de prouver son existence, à la différence du préjudice matériel qui doit toujours être prouvé. Par conséquent, la Cour de cassation a affirmé que, en l'absence d'une situation extraordinaire spécifique au cas concret, on ne saurait nier à la personne qui a subi la violation du droit au délai raisonnable du procès la réparation de son préjudice moral.

*Corte di Cassazione, 26.01.04, n. 1338, Balsini c. Repubblica italiana (Ministero della giustizia)*

IA/24945-A

*Corte di Cassazione, 26.01.04, n. 1339, Lepore c. Repubblica italiana (Ministero della giustizia)*

IA/25947-A

*Corte di Cassazione, 26.01.04, n. 1340, Corbo c. Repubblica italiana (Ministero della giustizia)*

IA/25948-A

*Corte di Cassazione, 26.01.04, n. 1341, Lepore c. Repubblica italiana (Ministero della giustizia)*

IA/25954-A

[RSO]

---

***Droit communautaire - Principes - Droits fondamentaux - Convention européenne des droits de l'homme - Article 6 - Durée des procédures judiciaires - Loi nationale établissant une responsabilité de l'État en cas de violation de l'article 6 - Droit du justiciable à la réparation du préjudice subi - Réparation du préjudice moral subi par une entreprise***

Par cet arrêt du 21 juillet 2004, la Cour a appliqué le principe d'interprétation de la loi Pinto à la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH, découlant de ses décisions du 26 janvier 2004 au problème de la réparation du préjudice moral subi par les personnes juridiques en raison de la durée excessive des procédures judiciaires.

Jusqu'à présent les juges italiens avaient soumis cette réparation à des contraintes très rigoureuses, en soutenant que, si pour les personnes physiques le délai irraisonnable d'une procédure judiciaire est cause d'anxiété et de frustration, tel n'est pas le cas pour les personnes morales pour lesquelles seuls les préjudices portant atteinte à un droit subjectif compatible avec leur nature sont réparables, par exemple le droit à l'existence, au nom et à la réputation.

La Cour de cassation a revu cette jurisprudence à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (voir notamment l'arrêt du 6 avril 2000 dans l'affaire Comingersoll S.A. contre Portugal) selon laquelle, non seulement, on ne saurait exclure qu'il puisse y avoir pour une société commerciale un dommage autre que matériel, mais en outre le préjudice moral peut affecter, pour une telle société, des éléments "subjectifs" tels que la réputation de l'entreprise, l'incertitude dans la planification des décisions à prendre, les troubles causés à la gestion de l'entreprise elle-même et enfin, quoique dans une moindre mesure, l'angoisse et les

désagréments éprouvés par les membres des organes de direction de la société.

*Corte di Cassazione, 21.07.04, n. 1354, Società italiana Viaggi Columbus Srl c. Repubblica italiana (Ministero della giustizia)*

IA/25949-A

[RSO]

---

***Droit communautaire - Effet direct - Taxes nationales incompatibles avec le droit communautaire - Restitution - Refus - Conditions - Réglementation nationale sur la restitution dont l'interprétation par la jurisprudence et la pratique administrative aboutit à rendre excessivement difficile l'exercice du droit au remboursement - Arrêt de la Cour de justice constatant le manquement de l'État - Revirement de la jurisprudence nationale sur le régime des preuves concernant la répercussion de la taxe et l'enrichissement sans cause***

Dans l'affaire Soc. Sief e. a. contre Ministero dell'Economia e delle Finanze e.a., la Cour de cassation a été appelée à juger d'un recours contre l'arrêt de la Cour d'appel de Trento ne reconnaissant pas à la requérante le droit à la restitution des taxes indûment perçues sur l'importation des bananes.

Le recours en cassation a été introduit avant le prononcé de l'arrêt de la Cour de justice du 9 décembre 2003, Commission / Italie (C-129/00, non encore publié au recueil). Néanmoins, au cours de la procédure écrite, la requérante a fait valoir cet arrêt pour soutenir ses arguments et notamment ceux portant sur l'application illégale par la Cour d'appel de la réglementation italienne en matière de restitution des taxes nationales perçues en violation du droit communautaire, laquelle serait en contradiction avec ce droit. En particulier, selon la requérante, la Cour d'appel n'aurait pas dû appliquer, en tant que règle contraire au droit communautaire, l'article 29, paragraphe 2, de la loi n° 428, du 29 décembre 1990, "La legge comunitaria per il 1990", selon lequel "les droits de douane à l'importation, les impôts de fabrication, les impôts de consommation, la surtaxe sur le sucre et les



## A. Jurisprudence

droits d'État perçus en application de dispositions nationales incompatibles avec la législation communautaire sont remboursés, à moins que la charge correspondante ait été répercutée sur d'autres sujets". Cet article empêcherait, selon la requérante, la restitution desdites taxes dans la mesure où l'administration, pour refuser la restitution, peut se fonder sur des présomptions quant à la répercussion de la taxe en aval de la chaîne des ventes - tel que le résultat positif de la gestion de l'entreprise pendant la période considérée - sans établir la réalisation d'un enrichissement sans cause dans le chef de l'opérateur, tandis que les assujettis qui demandent le remboursement doivent fournir la preuve contraire de la non-répercussion de la même taxe.

En se prononçant sur ces moyens, la Cour de cassation relève que, dans ledit arrêt en manquement, la Cour de justice n'a pas jugé l'article 29, paragraphe 2, de la loi n° 428, contraire au droit communautaire, mais l'a considéré comme une règle "neutre", le manquement concernant, en revanche, le comportement de l'État dans son ensemble, à savoir la législation, la jurisprudence et la pratique administrative. Elle déclare donc que : "l'adempimento dell'obbligo dello Stato di adeguarsi al diritto comunitario deve svolgersi, in presenza di una norma di per sé non contraria al diritto comunitario, oltre che attraverso le opportune integrazioni che recepiscano le indicazioni della giurisprudenza comunitaria, anche, e soprattutto, mediante un revirement giurisprudenziale e della prassi amministrativa". Il s'ensuit que: "le pronunce del giudice comunitario, siano esse interpretative o rese ai sensi dell'art. 228 del trattato CE, [svolgono], nella specie, una funzione adeguatrice, nel senso di integrare il precetto normativo interno, quando quest'ultimo non è, di per sé stesso, contrario al diritto comunitario".

En l'espèce, la Cour de cassation a relevé qu'une interprétation de l'article 29, paragraphe 2, de la loi n° 428, conforme au droit communautaire impose, en premier lieu, que, même si les règles générales sur la preuve autorisent le recours à des présomptions *iuris tantum* quant à la répercussion de la taxe, la présomption représentant un moyen de preuve de même valeur que les autres, l'application de ces règles

ne saurait conduire à se baser sur des présomptions de *iure non* prévues en l'espèce. En d'autres termes, le régime des présomptions appliqué ne peut pas conduire à empêcher de facto les particuliers de prouver le contraire. En second lieu, la Cour de cassation a rappelé les principes énoncés dans la jurisprudence communautaire en la matière (arrêts de la Cour du 14 janvier 1997, *Comateb e. a.*, aff. jointes C-192/95 à C-218/95, Rec. p. I-00165, et du 02.10.03, *Weber's Wine World*, C-147/01, Rec. p. I-11365), selon lesquels l'administration, lorsqu'elle se prononce sur une demande de restitution, ne peut se contenter d'établir la répercussion de cette taxe sur les tiers et présumer, de ce seul fait, que la charge économique que celle-ci a fait peser sur l'assujetti est neutralisée et que, partant, un remboursement produirait automatiquement un enrichissement sans cause de ce dernier. Par conséquent, dans une décision de refus d'une telle demande de restitution, l'administration doit démontrer non seulement la répercussion de la taxe, mais également l'enrichissement sans cause de l'assujetti.

Sur la base de cette motivation, la Cour de cassation a accueilli le recours et renvoyé l'affaire devant la Cour d'appel de Trento. Elle a disposé que, aux fins de la constatation de l'inexistence du droit au remboursement, le juge du fond doit, d'abord, établir l'existence de la répercussion de la taxe, sur la base de preuves et même de présomptions qui ne soient pas fondées sur des critères abstraits et sur des "règles d'expérience génériques" mais plutôt sur une analyse des opérations imposables, des conditions économiques et de l'activité de l'entreprise ainsi que du marché de référence. Ensuite, une fois la répercussion prouvée, elle doit établir l'existence d'un enrichissement sans cause.

*Corte di Cassazione, sezione tributaria, 14.07.04, n° 13054, Soc. Sief e. a. contre Ministero dell'Economia e delle Finanze e.a., Foro italiano 2004, I, c. 2700*

IA/25856-A

[CI]

## Portugal

### ***Constitution - Principes constitutionnels communs aux États membres - Principe d'égalité et de non-discrimination - Principe d'interdiction de rétrogradation sociale***

Appelée à se prononcer, dans le cadre d'un un pourvoi, sur la conformité à la constitution d'une différence de régime légal en matière de pension de survivance entre les travailleurs de la fonction publique et les travailleurs du secteur privé, la cour suprême a, conformément à la jurisprudence majoritaire, estimé qu'une telle inégalité de traitement est inconstitutionnelle. Mais si la décision de la cour suprême confirme celle de la cour d'appel de Lisbonne, elle mène cependant plus loin la motivation de cette décision, en la fondant sur un principe constitutionnel d'interdiction de rétrogradation sociale.

La différence de régime en cause défavorise les ayants droit des partenaires des "unions de fait", soumis à un régime spécial de la fonction publique, en établissant un délai différent pour l'acquisition du droit à la pension en question de celui qui est en vigueur pour les ayants droit des partenaires des unions de fait soumis au régime général de la sécurité sociale.

Après avoir rappelé que "l'égalité réelle entre les portugais en ce qui concerne les droits économiques et sociaux dont il est question à l'article 9, sous d) [de la constitution], et le système unifié de sécurité sociale dont il est question à l'article 63, paragraphe 2 [de la constitution], sont la manifestation de principes-programme" communs aux États de l'Union européenne, la cour suprême affirme que la "réalisation de l'égalité possible (même celle des opportunités)" doit guider le juge "dans la voie de l'interprétation – à travers un parcours graduel, en évitant le bouleversement social grave, à l'intérieur de l'espace de ce qui est objectivement possible – des défis constitutionnels d'égalité de tous les citoyens face à la loi, en respectant la primauté du raisonnement constitutionnel immanent".

Ce raisonnement constitutionnel n'admet pas, selon la cour suprême, "un certain degré de subversion de la Justice, surtout de la Justice

distributive, lorsqu'il y a identité de situations et différence des régimes juridiques correspondants". Le traitement différencié des fonctionnaires publics dans le cas d'espèce "enfreindrait le principe constitutionnel d'interdiction de rétrogradation sociale, contenu dans le parcours graduel ci-dessus expliqué. En effet, au-delà du traitement inégal de situations identiques", le régime particulier de la fonction publique sous l'aspect en appréciation "représenterait un retour social en arrière", alors que "la constitution n'autorise pas, dans le cadre des droits fondamentaux ou analogues - articles 16, 17 et 18 - que, dans les conditions normales de l'exercice du pouvoir, il y ait retour en arrière ou, tout au moins, que l'Etat social (articles 2, 9, sous d), et 63, par. 3) soit empêché d'aller de l'avant".

*Supremo Tribunal de Justiça, 22.04.04, Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, n° 176, tomo II/2004, pp. II-38-41*

IA/26216 – A

[MAF]

---

### ***État des personnes - Transsexualisme - Personne ayant subi une opération de conversion du sexe masculin vers le sexe féminin - Refus de changement de la mention du sexe sur le registre de l'état civil - Inadmissibilité***

Les transsexuels, personnes qui éprouvent le sentiment irrésistible d'appartenir à un sexe opposé à celui qui est génétiquement le leur, viennent d'obtenir une très importante décision en leur faveur.

Saisie d'un pourvoi introduit par une personne de sexe masculin ayant subi une intervention chirurgicale en vue de changer de sexe, contre le jugement du Tribunal de première instance de Lisbonne confirmant le refus qui lui avait été opposé par les autorités compétentes d'obtenir la transcription au registre de l'état civil de sa conversion sexuelle, la Cour d'appel de Lisbonne a, au vu de l'objectif de garantir que les faits inscrits sur ce registre correspondent effectivement à la réalité, accueilli la demande

de la requérante et a ordonné le changement de la mention du sexe de cette dernière.

À l'appui de sa décision, la haute juridiction relève tout d'abord qu'aucun principe ou norme en vigueur dans le système juridique portugais n'interdit un changement de sexe, un tel changement n'étant pas davantage contraire aux bonnes mœurs. Elle précise ensuite que, grâce à l'évolution de la médecine, les personnes transsexuelles ont aujourd'hui à leur disposition des techniques leur permettant d'acquérir, sinon toutes, la plupart des caractéristiques biologiques du sexe qui est psychologiquement le leur. La conversion sexuelle se limite ainsi, en quelque sorte, à "adapter" leur sexe physiologique à leur identité sexuelle profonde. Dans la mesure où une personne ayant subi une opération de conversion sexuelle est perçue par la société en général comme appartenant à son nouveau sexe, l'empêcher d'obtenir la rectification de son état civil serait non seulement injuste mais aussi illogique. Admettre une telle solution reviendrait, en effet, à détourner l'un des buts essentiels du registre de l'état civil, celui de garantir la publicité de certains faits importants pour la vie en société, vu que, dans cette hypothèse, des faits sans correspondance dans la réalité sociale pourraient s'y trouver inscrits.

*Tribunal da Relação de Lisbonne, 22.06.04, n° 2518/04-1, Colectânea de Jurisprudência, Ano XXIX, Tomo III-2004, p. 113*

IA/26217-A

[PC]

## **Royaume-Uni**

### ***Droit international privé - Exécution au Royaume-Uni d'une décision américaine - Non-respect des droits de la défense par la juridiction d'origine - "Fugitive disentitlement doctrine" - Incidence de la Convention européenne des droits de l'homme***

Par une décision du 22 juillet 2004, prononcée par Lord Carswell, la Chambre des Lords a autorisé l'exécution d'une décision d'un tribunal américain, la US Court of Appeals, alors même que les circonstances qui entouraient l'affaire auraient constitué une violation de l'article 6 de

la Convention européenne des droits de l'homme (Convention EDH) si la question avait été soulevée devant un tribunal dont l'Etat en était une Haute partie contractante.

L'appelante, portant aujourd'hui le nom de Madame Montgomery, est l'ex-épouse de Larry Barnette, condamné en 1984 pour fraude aux États-Unis. Peu avant l'inculpation, Monsieur Barnette avait cédé à son épouse la plupart des 900 actions d'une société panaméenne, pour une valeur totale d'environ 4 millions de dollars. Le tribunal américain avait ordonné la saisie de ces actions, estimant que la Racketeer Influenced and Corrupt Organisations Act (RICO) rendait l'Etat titulaire d'un titre antérieur à la date de cession des actions à Madame Montgomery. Cette dernière entamait alors avec son mari une bataille judiciaire prolongée pour récupérer lesdites actions. Après avoir quitté Monsieur Barnette et s'être remariée, Madame Montgomery s'est ensuite installée à Londres. Ayant renoncé à la nationalité américaine pour devenir citoyenne de l'État Caraïbe de St. Kitts and Nevis, Madame Montgomery a été qualifiée de "fugitive" par la US Court of Appeals, et son appel a été rejeté, sans considération du fond, sur la base de la "fugitive disentitlement doctrine", et ce nonobstant le fait qu'elle ait été représentée par un avocat. Selon cette doctrine, ladite Cour peut en effet discrétionnairement décider d'examiner ou non l'appel qui lui est soumis, dès lors que l'appelant est considéré comme étant en fuite.

Saisie par le gouvernement américain d'une demande en exécution de l'ordonnance de saisie rendue par le tribunal fédéral américain, la Chambre des Lords estime que si la "fugitive disentitlement doctrine" avait été appliquée par un tribunal d'un Etat contractant à la Convention EDH, elle aurait constitué une violation de son article 6. La question déterminante était celle de savoir si l'enregistrement, c'est-à-dire la reconnaissance de ladite ordonnance était compatible avec le système judiciaire anglais. La Chambre des Lords juge que la procédure d'enregistrement est conforme à la Convention EDH et que la "fugitive disentitlement doctrine" ne constitue pas une violation "flagrante" de celle-ci. Le Royaume-Uni n'est pas conséquent pas obligé d'appliquer la CEDH au-delà des limites de son article 1 :

"Although the application of the fugitive entitlement doctrine may be regarded as failing to secure all of the protection required by article 6 of the Convention, it is a rational approach which has commended itself to the Federal jurisdiction in the United States. As such it could not in my opinion be described by any stretch as a flagrant denial of the appellant's article 6 rights or a fundamental breach of the requirements of that article. It follows that the appellant's argument based on the indirect engagement of the responsibility of the United Kingdom must fail".

*House of Lords, 22.07.04, Government of the United States of America v Barnette and Another [2004] UKHL 37, [2004] 4 All ER, p. 289 (sub nom. Government of the United States of America v Montgomery (No. 2))*

[MKE]

- - -

***Secret professionnel - "Legal professional privilege" - Communications entre avocat et client intervenues dans le cadre d'une enquête gouvernementale - Inclusion - Portée du principe en droit anglais***

La Chambre des Lords s'est prononcée, dans l'arrêt très attendu de *Three Rivers District Council v. Bank of England* du 11 novembre 2004, sur l'étendue du principe du secret professionnel en droit anglais. La Chambre a été appelée à examiner la question de savoir si des communications entre une équipe de salariés de la Bank of England et les avocats et barristers de cette dernière, dans le cadre de la préparation de la représentation de la banque devant une commission d'enquête gouvernementale ("the Bingham Inquiry"), bénéficiaient du legal professional privilege.

La Bank of England faisait l'objet d'une enquête en vue de déterminer dans quelle mesure elle était responsable de la faillite de la Bank of Credit and Commerce International en 1991. Dans le cadre de cette enquête, la banque avait créé une équipe interne pour s'occuper de toute communication avec la commission d'enquête, et avait également choisi des avocats, Freshfields, et des barristers pour l'aider à préparer et à présenter sa position devant ladite

commission. La banque avait soutenu, suite à une demande de production de ces communications formulée par la partie adverse, qu'elles étaient protégées par le secret professionnel.

La Cour d'appel avait antérieurement décidé que de telles communications ne pouvaient en bénéficier au motif que seules des communications ayant comme but la demande ou l'octroi d'un avis juridique sur les "droits et obligations juridiques" du client peuvent être protégées; les documents préparés "for the dominant purpose of putting relevant factual material before the inquiry in an orderly and attractive fashion" n'ont pas été préparés "for the dominant purpose of taking legal advice upon such material" et n'étaient pas, donc, protégés.

Cependant, ayant examiné en détail l'origine, l'évolution et la raison d'être du secret professionnel, ainsi que la jurisprudence le concernant, la Chambre a infirmé à l'unanimité cette décision en décidant que la juridiction inférieure avait trop limité la portée du privilège. Selon la Chambre, le legal advice privilege (une forme du secret professionnel protégeant toute communication entre un client et son avocat faite dans le but de donner ou d'obtenir des conseils juridiques) doit s'étendre également aux conseils sur les droits, les responsabilités et les obligations découlant du droit public. L'importance du privilège a été affirmée avec force par la Chambre. Lord Scott, soutenant une jurisprudence antérieure sur la question, a souligné que le fait que les communications ont été faites dans le cadre d'une enquête gouvernementale n'avait pas d'importance car, selon lui, "[t]he presentational advice given by Freshfields and counsel ... was advice as to what should prudently and sensibly be done in the relevant legal context ... [the] "relevant legal context" was the Bingham Inquiry and the question whether the bank had properly discharged its public law duties". Il a également justifié la décision de la Chambre en expliquant que, "it is necessary in our society, a society in which the restraining and controlling framework is built upon a belief in the rule of law, that communications between clients and lawyers ... should be secure against the possibility of any scrutiny from others, whether the police, the executive, business competitors,

inquisitive busy-bodies or anyone else ... [this] justifies, in my opinion, the retention of legal advice privilege in our law, notwithstanding that as a result cases may sometimes have to be decided in ignorance of relevant probative material"(point 34 de l'arrêt).

*House of Lords, 11.11.04, Three Rivers District Council and others v. Governor and Company of the Bank of England [2004] UKHL 48*

<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2004/48.html>

[FY]

- - -

***Convention européenne des droits de l'homme - Articles 5(1)(f), 14 et 15 - Législation anti-terroriste introduite suite aux attentats du 11 septembre 2001 - Détention illimitée des ressortissants étrangers - Violation***

La législation anti-terroriste introduite par le gouvernement britannique suite aux attentats du 11 septembre 2001, qui permet la détention illimitée des ressortissants étrangers soupçonnés d'être impliqués dans le terrorisme international, qui ne sont pas officiellement inculpés d'un délit et qui ne peuvent pas être déportés vers leurs pays d'origine, est contraire à la Convention européenne des droits de l'homme. Telle a été, la conclusion de la Chambre des Lords du 16 décembre 2004, qui, dans un arrêt d'une importance capitale, a sévèrement critiqué la détention de neuf appelants sous cette nouvelle législation.

Les lois litigieuses concernées étaient le Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 ("ACSA 2001") et le Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001 ("HRA Order 2001"). La première, dans son article 23(1), donne le droit au gouvernement de détenir des personnes suspectées de terrorisme international, même si elles sont empêchées de quitter le territoire britannique pour des raisons juridiques ou pratiques. C'est à cette fin qu'a été introduite la deuxième loi, qui contenait une dérogation à l'article 5(1)(f) de la CEDH, laquelle était nécessaire, selon le gouvernement britannique, au vu de l'article 15 de la CEDH

(dérogation en cas d'état d'urgence). Le Royaume-Uni étant le seul Etat à déroger à l'article 5, les neuf appelants ont décidé de contester la légalité de leur détention, en soutenant que le pouvoir de détention exercé par le gouvernement était contraire aux obligations qui lui incombent en vertu de la CEDH. Ils ont tout d'abord soutenu qu'il n'existait pas de "danger public menaçant la vie de la nation" au sens de l'article 15(1); ils ont ensuite fait valoir que l'article 23 de l'ACSA 2001 était discriminatoire; enfin, ils ont avancé que la dérogation à l'article 5(1)(f) de la CEDH n'était pas proportionnée.

Sur les neuf Law Lords de la Chambre qui ont livré leurs conclusions respectives, huit se sont prononcés en faveur des appelants (un juge, Lord Walker, exprimant son désaccord avec la décision de la majorité). Selon la Chambre, les appelants n'ont pas réussi à démontrer que la conclusion du gouvernement selon laquelle le terrorisme international constituait un "danger public" devait être annulée (la Chambre estimant en effet que la décision du Secretary of State sur l'existence ou non d'un danger était une question essentiellement politique, ladite décision devant, dès lors, être respectée par les juridictions). Cependant, selon la majorité, la conclusion que l'article 23 de l'ACSA 2001, ainsi que la HRA Order 2001, étaient disproportionnés ne pouvait pas être contestée. Parallèlement, les huit juges ont estimé que la section 23 était d'une nature discriminatoire et constituait une violation de l'article 14 de la CEDH (interdiction de discrimination), et ce, principalement au motif que les mesures envisagées par la section 23 avaient abouti à la détention éventuelle de personnes suspectées de terrorisme international à cause de leur nationalité ou de leur statut d'immigré. La différence de traitement entre ces suspects étrangers et ceux ayant la nationalité britannique ne pouvait pas être justifiée.

Le Human Rights Act 1998 n'accordant pas le pouvoir aux juridictions d'annuler une loi incompatible avec la CEDH, les Law Lords ont déclaré l'incompatibilité de l'article 23 avec la CEDH. Suite à cette décision, le Parlement est, depuis ce mois de mars, en train d'élaborer un nouveau projet de loi anti-terroriste qui, notamment, s'appliquera aux suspects de toute nationalité, britannique ou non.

*House of Lords, 16.12.04, A. and others v. Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56*

<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2004/56.html>

[FY]

## Suède

***Espace économique européen - Politique sociale - Rapprochement des législations - Insolvabilité de l'employeur - Protection des travailleurs salariés - Demande en réparation contre la Suède sur base de la jurisprudence Francovich - Inapplicabilité à un État de l'AELE - Existence d'un droit à compensation inhérent à l'accord EEE***

Le 26 novembre 2004, la Cour suprême (Högsta domstolen) s'est prononcée dans deux affaires dans le cadre desquelles la Cour de justice avait été saisie par voie de demande préjudicielle (aff. C-321/97, arrêt du 15 juin 1999, Rec. p. I-03551) et s'était déclarée incompétente pour statuer sur l'interprétation de l'accord EEE, spécialement en ce qui concerne son application dans les États membres de l'Association Européenne de Libre Echange (AELE).

Les faits étaient les suivants. Ils datent de 1994, c'est-à-dire d'une époque où la Suède était membre de l'AELE et n'était pas encore membre des Communautés mais au cours de laquelle elle s'était déjà engagée à intégrer un certain nombre de directives communautaires dans le cadre de l'accord EEE. Deux femmes travaillaient dans une petite entreprise dont le propriétaire était pour l'une, le fils, et pour l'autre, le mari. Lorsque ladite entreprise a fait faillite, l'administrateur avait refusé aux deux femmes le bénéfice de la garantie de salaire pour créances impayées. La législation suédoise alors en vigueur ne reconnaissait en effet pas une telle garantie aux personnes détenant au moins un cinquième des parts de l'entreprise pendant les derniers six mois précédant la demande de mise en liquidation, ni aux personnes proches du propriétaire, même si ces dernières ne détenaient elles-mêmes aucune participation dans le capital de cette société et n'y exerçaient aucune influence. En transposant la directive 80/987 concernant le rapprochement

des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, pour se conformer à l'accord EEE, le Royaume de Suède avait en effet fait usage de la possibilité, ménagée par son article 1, point 2, d'exclure de ladite protection certaines catégories de travailleurs sous réserve de mettre en place d'autres moyens garantissant une protection équivalente. Estimant cependant que la Suède n'avait pas correctement transposé ladite directive, spécialement en définissant le cercle des personnes exclues de ladite protection de manière trop compréhensive, les deux femmes avaient alors intenté deux actions contre l'État suédois en demandant réparation sur le fondement de la jurisprudence communautaire dite "Francovich" (aff. C-6/90 et C-9/90, arrêt du 19 novembre 1991, Rec. 1991, p. I-05357).

Leurs actions ayant été admises par le Tribunal de Stockholm (Stockholms tingsrätt), l'État suédois avait interjeté appel des décisions de ce dernier devant la Cour d'appel de Stockholm (Svea hovrätt). Celle-ci avait jugé qu'il existe des différences fondamentales entre l'Accord EEE, seul applicable en l'espèce, et le droit des Communautés européennes, notamment en l'absence d'objectif d'intégration important qui caractérise le régime juridique communautaire et qui résulte des principes de primauté et d'effet direct. La jurisprudence de la Cour de justice, qui se base sur ces particularités du droit communautaire, ne pouvait donc pas selon elle créer de droits individuels pour les particuliers d'un État de l'AELE. Elle en a conclu que, ni l'accord EEE en tant que tel, ni l'article 6 de l'accord EEE ne créent une obligation de compensation à la charge d'un État de l'AELE, à l'image de celle qui résulte de l'arrêt Francovich.

Les requérantes ont par conséquent exercé un recours devant la Cour suprême (Högsta domstolen). Acceptant de trancher l'affaire, la Cour commence par analyser si l'article 6 de l'accord EEE confère une obligation de compensation à la charge d'un État membre de l'AELE à l'image de celle qui résulte de l'arrêt Francovich. Plus précisément, elle se pose la question de savoir si l'arrêt Francovich fait partie des arrêts pertinents auxquelles fait référence l'article 6 de l'accord EEE. La Cour suprême juge à cet égard que le seul fait pour la

Cour de justice de ne pas avoir, dans l'arrêt Francovich, interprété une disposition spécifique du droit communautaire mais résolu la question de droit posée sur la base du système inhérent au traité et des principes fondamentaux y afférents, implique que l'arrêt Francovich ne fait pas partie des arrêts pertinents auxquelles se réfère l'article 6 de l'accord EEE et ne peut donc pas être appliqué dans le cas d'espèce.

La Cour ajoute que l'existence d'un ordre juridique communautaire spécifique, introduit par le traité communautaire et transposé dans les systèmes juridiques des États membres, lie également les juridictions des États membres. Elle souligne en outre que le principe de l'applicabilité directe et de l'effet direct des normes communautaires dans les États membres figurent parmi les traits caractéristiques de cet ordre. Or, selon la Cour suprême suédoise, l'Accord EEE ne possède aucun de ces traits caractéristiques. Par conséquent, elle juge que dans le cas d'espèce, ni l'article 6 de l'accord EEE, ni l'arrêt Francovich ne saurait créer une quelconque obligation de compensation à la charge d'un État membre de l'AELE.

La Cour suprême suédoise se pose toutefois la question de savoir si l'accord EEE, en tant que tel, ne pourrait pas tout de même, au regard de son but et de sa structure, créer une telle obligation de compensation. À cet égard, elle se réfère à la jurisprudence de la Cour AELE qui a jugé que l'obligation de compensation est inhérente à l'accord EEE et que les particuliers dans les États membres peuvent s'en prévaloir (arrêt E-9/97 Sveinbjörnsdóttir/Island, voir *Reflets* n° 1/1999, p. 3, confirmé par arrêt E-4/01 Karlsson/Island, voir *Reflets* n° 2/2002, p. 8). Or, la Cour suprême suédoise précise que si les arrêts de la Cour AELE sont dépourvus de force obligatoire et revêtent tout au plus d'une valeur consultative, ils sont tout de même d'une grande importance, comme en témoigne le préambule de l'accord EEE qui fait référence à l'interprétation et à l'applicabilité uniforme de l'accord EEE. La Cour suprême suédoise en conclut qu'il faut dès lors des raisons particulièrement importantes pour s'écarter de la jurisprudence de la Cour AELE selon laquelle l'accord EEE contient un droit inhérent et indépendant relatif à l'obligation de

compensation lorsqu'un État membre a violé les obligations prévues par l'accord.

L'arrêt a été pris à une majorité de trois contre deux.

*Högsta domstolen, 26.11.04, Mål nr T 2593-01, Susanne Wåkerås-Andersson/Svenska staten genom Justitiekanslern*  
*Högsta domstolen, 26.11.04, Mål nr T 2595-01, Ulla-Brith Andersson/Svenska staten genom Justitiekanslern*

QP/03532-P3-A  
QP/03432-P3-B

[LTB]

## 2. Pays tiers

### Norvège

*Espace économique européen - Rapprochement des législations - Marques - Directive 89/104 - Produit mis en circulation dans un État de l'EEE par le titulaire ou avec son consentement - Importation, après reconditionnement et réapposition de la marque, dans un autre État EEE - Opposition du titulaire - Admissibilité au titre des exceptions au principe de l'épuisement énoncées à l'article 7, paragraphe 2, de la directive*

Le 4 juin 2004, la Høyesterett a rendu un arrêt en considération d'un arrêt de la Cour AELE (8.7.03, E-3/02, Paranova AS/Merck et Co. Inc. and others - voir *Reflets* n° 3/2003, p. 6) dans lequel cette dernière avait été amenée à interpréter l'article 7, paragraphe 2, de la directive 89/104 sur les marques, qui prévoit qu'il est fait exception à la règle de l'épuisement du droit de marque pour des motifs légitimes.

La Cour AELE avait jugé, premièrement, que la question de savoir si des "motifs légitimes" au sens de l'article 7, paragraphe 2, de la directive existent dans le cas d'une utilisation de bandes de couleur dans la présentation du produit, ne saurait être appréciée de manière systématique sur la base du critère de la nécessité tel qu'il a été développé par la Cour de justice dans ses arrêts du 11 juillet 1996, Bristol Myers Squibb,

(C-427/93, Rec. p. I-3457) et du 12 octobre 1999, *Pharmacia & Upjohn*, (C-379/97, Rec. p. I-6927), mais qu'en revanche, la juridiction nationale doit opérer un ample examen factuel afin de mettre attentivement en balance les intérêts.

La Høyesterett estime que cette interprétation de l'article 7, paragraphe 2, de la directive est correcte. Elle observe que la mise en balance des intérêts doit inclure les éléments qui sont pertinents pour l'appréciation de la nécessité de reconditionner le médicament, même si ces éléments ne suffisent pas pour interdire le reconditionnement (point 71).

Deuxièmement, la Cour AELE avait jugé qu'il peut exister des motifs légitimes au sens de l'article 7, paragraphe 2, de la directive, s'opposant à la commercialisation ultérieure de produits pharmaceutiques reconditionnés lorsque les bandes de couleur qui ont été apposées sur les côtés de l'emballage des bandes de couleur, sont susceptibles de porter préjudice à la réputation de la marque.

La Cour AELE avait estimé que, pour établir s'il existe un risque de nuisance à la réputation du produit, la juridiction nationale doit apprécier si la présentation du produit reconditionné est inappropriée et elle peut, à cet égard, prendre en compte non seulement l'emballage défectueux, de mauvaise qualité et de caractère brouillon, mais aussi des circonstances étrangères à l'emballage, telles que les publicités faites par le titulaire.

Elle mentionnait également l'arrêt de la Cour de justice du 23 février 1999, *BMW*, (C-63/97, Rec. p. I-905), selon lequel des motifs légitimes peuvent exister lorsque la marque est utilisée de manière telle qu'elle peut donner l'impression qu'il existe un lien commercial entre le revendeur et le titulaire de la marque, notamment que l'entreprise du revendeur appartient au réseau de distribution du titulaire de la marque ou qu'il existe une relation spéciale entre les deux entreprises. Elle estimait cependant qu'à première vue, les bandes de couleur sur les côtés de l'emballage ne semblent pas susceptibles de créer un risque de confusion quant à l'existence d'une relation entre le revendeur et le titulaire.

Quant au risque de dégradation du fait que des produits revêtus de la même marque sont commercialisés par plusieurs importateurs parallèles, la Cour AELE observait qu'un tel risque est susceptible de relever de la notion de motifs légitimes, mais que ce n'est que si les bandes de couleur constituent le principal facteur du risque de dégradation que celui-ci peut relever des motifs légitimes.

Enfin, la Cour AELE observait que si des bandes de couleurs apposées sur les côtés de l'emballage sont susceptibles de créer un risque de confusion quant à l'identité du producteur, cela pourrait en théorie nuire à la réputation de la marque. Elle relevait toutefois que les seules bandes de couleur ne sont pas susceptibles de constituer des motifs légitimes lorsque les noms du producteur et de l'importateur parallèle sont imprimés de manière adéquate sur l'emballage.

À titre liminaire, la Høyesterett rappelle que, selon l'arrêt de la Cour AELE, après reconditionnement des produits et réapposition de la marque de manière légale, l'importateur parallèle doit être considéré comme un opérateur sur un pied d'égalité avec le producteur et le titulaire de la marque dans les limites fixées par la directive. Elle rappelle également que, selon l'arrêt de la Cour de justice du 4 novembre 1997, *Dior*, (C-337/95, Rec. p. I-6013), si l'importateur parallèle de produits de luxe et de prestige ne doit pas agir d'une façon déloyale à l'égard des intérêts légitimes du titulaire de la marque, celui-ci n'a pas de motif légitime pour s'opposer à des modes de publicité qui sont usuels dans le secteur d'activité de l'importateur parallèle, à moins qu'il ne soit établi que, compte tenu des circonstances propres à chaque espèce, l'emploi de la marque dans la publicité porte une atteinte sérieuse à la renommée de la marque. Elle note qu'il n'est pas anormal dans le secteur des médicaments de développer une stratégie basée sur une gamme de produits et qu'il convient de mettre une telle stratégie en balance avec les effets négatifs qu'elle pourrait présenter pour la marque et la renommée du titulaire. Cependant, conformément à l'arrêt de la Cour AELE, le simple fait qu'un importateur parallèle tire bénéfice d'une forme graphique particulière est dépourvu d'incidence (points 73 et 75-76).



En ce qui concerne l'argument du titulaire de la marque selon lequel l'utilisation conséquente des bandes de couleur contribue à donner l'impression qu'il existe un lien commercial entre le titulaire et l'importateur parallèle, la Høyesterett estime que la commercialisation par l'importateur parallèle ne présente pas plus de risque de donner cette impression que n'importe quelle commercialisation de médicaments ayant fait l'objet d'une importation parallèle et d'une réapposition de la marque du titulaire. En outre, le fait que l'importateur parallèle commercialise des médicaments de plusieurs producteurs contribue à réduire ledit risque. La Høyesterett considère qu'en tout état de cause, les bandes de couleur sont trop peu distinctives pour donner l'impression d'être une marque (point 80).

Selon la Høyesterett, l'argument portant sur le risque de dégradation de la marque est tout d'abord lié à l'importation parallèle en tant que telle et non pas à l'utilisation de l'emballage en cause (point 83).

S'agissant de l'argument selon lequel il existe un risque que les médicaments du titulaire soient identifiés avec les médicaments d'autres producteurs, la Høyesterett observe que l'importateur parallèle fait usage de différentes couleurs, ce qui réduit ledit risque. Attacher une importance à un tel risque rendrait impossible pour l'importateur parallèle la constitution d'une gamme de produits. En outre, le risque est réduit par la réapposition de la marque et l'indication du producteur ainsi que par le fait qu'il s'agit d'un reconditionnement (point 81).

La Høyesterett rappelle que les médicaments en cause sont soumis à prescription. Elle estime qu'il n'y a guère de risque d'identification en ce qui concerne les médecins et le personnel des pharmacies. En ce qui concerne le consommateur final, l'emballage est notamment important lorsque le consommateur cherche le bon médicament dans sa propre armoire à médicaments. Il ne semble pas qu'il y ait un risque important que les bandes de couleur de l'importateur parallèle puissent avoir pour effet que les médicaments du titulaire sont identifiés, par le consommateur final, avec les médicaments d'autres producteurs. Ce risque est trop éloigné par rapport à l'intérêt de l'importateur parallèle de pouvoir

commercialiser ses produits de manière normale dans le secteur (point 82).

La Høyesterett conclut que l'article 4 de la loi sur les marques, correspondant à l'article 7, paragraphe 2, de la directive 89/104, ne permet pas au titulaire de s'opposer à l'usage commercial, par l'importateur parallèle, d'emballages assortis de bandes de couleur sur les côtés.

*Høyesterett, 04.06.04, Paranova AS/Merck & Co. Inc. and others, Norsk Retstidende 2004, p. 904*

IA/25469-A

[JHS]

---

## B. Pratique des organisations internationales

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

## C. Législations nationales

### République tchèque

#### *Modification de la loi sur la Cour constitutionnelle - Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales - Incidence de la jurisprudence des juridictions internationales*

La loi 83/2004 Sb., modifiant la loi 182/1993 Sb., relative à la Cour constitutionnelle, a pris effet le 1er avril 2004. Cette loi, qualifiée d'"internationale", s'efforce d'adapter le droit tchèque aux standards actuels de la protection européenne des droits de l'homme par la jurisprudence de la Cour EDH.

#### *Les modifications les plus importantes*

- La notion de juridiction internationale est redéfinie comme visant "un organe international dont la décision est obligatoire pour la

République tchèque en vertu des traités internationaux faisant partie de la législation tchèque". L'incorporation de cette définition dans la loi nationale a été critiquée par la doctrine: en effet, selon J. Malenovský, la notion de juridiction internationale est en premier lieu une notion de droit international et la définition de la juridiction internationale y est suffisamment précisée.

- La mise en place d'une procédure spéciale permettant la reprise de l'instance d'une affaire jugée devant la Cour constitutionnelle de la République tchèque suite à une décision d'une juridiction internationale : lorsqu'une telle juridiction décide qu'un arrêt rendu par la Cour constitutionnelle dans une affaire pénale porte atteinte aux droits de l'homme ou aux libertés fondamentales, le citoyen concerné par cette décision favorable de la juridiction internationale peut demander la reprise de l'instance de l'affaire en question devant la Cour constitutionnelle dans un délai de six mois après que la décision de la juridiction internationale ne soit devenue définitive.

- Vu le manque d'uniformité de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et suite aux décisions de la Cour EDH, les liens entre le recours constitutionnel et les recours extraordinaires de droit interne ont été clarifiés. Le recours constitutionnel peut être déposé après l'épuisement par l'intéressé de toutes les voies de recours, qu'elles soient ordinaires ou extraordinaires. Toutefois, dans l'hypothèse où, d'après la loi, un recours extraordinaire peut être rejeté de manière discrétionnaire, son introduction n'est pas une condition de la recevabilité du recours constitutionnel. De toute manière, même dans l'hypothèse où un tel recours aurait été introduit et rejeté, le recours constitutionnel peut être dirigé contre la décision ayant fait l'objet du recours extraordinaire.

#### *Un processus législatif long et compliqué*

Alors que le texte avait été modifié à plusieurs reprises avant d'être adopté par la Chambre des députés et par le Sénat à une courte majorité, le Président de la République tchèque a fait usage de ses prérogatives garanties par la Constitution: ne s'agissant pas d'une loi

constitutionnelle, il a opposé son veto à l'encontre de cette loi le 12 janvier 2004.

Les critiques du Président étaient notamment les suivantes :

- la nouvelle définition de la juridiction internationale élargissait selon lui le champ d'application de la disposition aux dépens de la souveraineté nationale ;

- il jugeait la procédure de reprise de l'instance trop inégalitaire, n'étant possible qu'en matière pénale.

Le 10 février 2004, la Chambre des députés a toutefois mis le veto du Président en minorité par une majorité absolue de 101 députés sur un total de 200 députés.

*Le texte de la loi 83/2004 Sb. est disponible à l'adresse: <http://www.mvcr.cz/sbirka>*

*La loi 182/1993 Sb., telle que modifiée, est disponible à l'adresse:*

*[http://www.concourt.cz/cs\\_verze/zakonous.html](http://www.concourt.cz/cs_verze/zakonous.html)*

[PES]

## **D. Échos de la doctrine**

### ***Libre circulation des personnes, droit de séjour des membres de la famille et respect de la vie familiale***

Dans son arrêt du 23 septembre 2003, Akrich (C-109/01, Rec. p. I-09607), la Cour a eu l'occasion "d'aborder d'une façon nouvelle la question du droit de séjour sur le territoire d'un Etat membre du conjoint, ressortissant d'un Etat tiers, d'un "citoyen de l'Union" (J.M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert, *L'actualité juridique - Droit Administratif*, 2004, p. 320). L'arrêt illustre bien jusqu'à quel point "l'application concurrente de la législation [nationale] en matière d'immigration et de la libre circulation des personnes [à] la situation juridique des ressortissants de pays tiers mariés à des citoyens de l'Union européenne [...] continue de poser des problèmes délicats..." (M. Sousse, *Recueil Dalloz*, n° 15, 2004, p. 1063).

S'il est vrai que la solution retenue par la juridiction communautaire "fait prévaloir un

souci d'équilibre entre les règles relatives à l'immigration, d'une part, et celles relatives à la libre circulation et au droit de la famille, d'autre part" (M. Sousse, op. cit., p. 1064), il n'en reste pas moins que "[l]a réponse de la Cour est [...] curieusement motivée au regard des modes habituels de rédaction. Deux pages de motivation, ce qui est bref, aboutissent à une réponse d'une demi-page en quatre points", la juridiction communautaire ayant, par ailleurs, une fois de plus négligé tout "apport conceptuel [de] droit international privé" (L. Idot, *Revue Europe*, novembre 2003, p. 22). "Rarement la Cour de justice aura paru aussi mal à l'aise" (M. Luby, *Journal du Droit International*, no. 2, 2004, p. 580). Comme le souligne R.C.A. White (*European Law Review*, 2004, p. 389) "[i]t may be surmised from the comparative brevity - and occasional density - of the Court's judgment that the Court found this to be a difficult case". C'est un avis partagé également par E. Spaventa (*Common Market Law Review*, 2005, p. 225, aux pp. 230-231) pour qui "[n]either the Advocate General's Opinion nor the Court's ruling can be said to benefit from an entirely persuasive legal analysis. [Indeed] the ruling is not without considerable inconsistencies and some hermeneutic somersaults which are difficult to follow and conceptualize".

Malgré le fait que, par sa décision, la Cour a pu "définir la portée de l'arrêt Singh [arrêt du 7 juillet 1992, C-370/90, Rec. p. I-4265] de façon plus précise" (M. Sousse, op. cit., p. 1064), l'arrêt Akrich reste toutefois difficile à concilier avec d'autres décisions récentes de la Cour concernant la libre circulation des personnes et, en particulier, avec celle rendue dans l'affaire MRAX (arrêt du 25 juillet 2002, C-459/99, Rec. p. I-6591). En effet, "it is extremely difficult to see how the statement that a third country national must be lawfully resident in one Member State before reliance can be placed on Regulation 1612/68 can stand with the judgment in MRAX. The ECJ was clear in MRAX in holding that the failure to comply with immigration controls (and specifically unlawful entry into the territory) would not be a ground for refusal of a residence permit for the spouse of an EU national exercising free movement rights" (N. Rogers et R. Scannell, *Free Movement of Persons in an Enlarged European Union*, Sweet and Maxwell, London, 2005, p. 73). Tandis que la

jurisprudence MRAX reconnaissait au conjoint ressortissant d'un pays tiers "le droit au séjour une fois établi le lien familial, indépendamment du respect ou non des conditions d'accès au territoire ou de séjour, comme le visa ou le titre de séjour", il lui faut maintenant, selon l'arrêt Akrich, avoir "préalablement séjourné régulièrement dans un Etat membre" (J.-Y. Carlier, *Journal des Tribunaux - Droit Européen*, 2004, p. 74, à la p. 78). C'est ce que note aussi E. Spaventa (*Common Market Law Review*, op. cit., à la p. 232): "before the ruling in Akrich, it was to be assumed that the legal status of third country nationals prior to marriage was immaterial to the couple's rights under Community law. However, in Akrich, the Court excludes from the scope of Regulation 1612/68 - without however mentioning MRAX - those spouses who, before marriage, are illegally present within the territory. The two rulings seem therefore inconsistent and it is possible that the Court has overruled, without saying so, this part of the MRAX ruling".

Plus complexe encore est peut être l'articulation entre l'arrêt Akrich et celui rendu dans l'affaire Carpenter (arrêt du 11 juillet 2002, C-60/00, Rec. p. I-6279; voir *Reflets n° 3/2003*, p. 30). Pour reprendre les mots de E. Spaventa (*Common Market Law Review*, op. cit., aux pp. 234-235), "[i]n Carpenter, Mrs Carpenter was also unlawfully present in the territory [yet] the unlawful status of Mrs Carpenter found no part in the Court's reasoning [...]. The deportation of Mrs Carpenter was construed as a barrier to the cross-border provision of services and therefore Community law, and its general principles, applied. In Akrich, on the other hand, the Court focused solely on the rights provided by Article 10 Regulation 1612/68. It then found that [...] when the Union citizen is relying on secondary legislation rather than on the primary Treaty provisions, the lawful or otherwise status of the spouse is relevant and the situation of an «illegal» immigrant does not fall within the scope of Community law". Cette divergence s'explique probablement par la spécificité des faits à l'origine de chacune des deux décisions. Comme l'observent N. Rogers et R. Scannell (op. cit., p. 74), "the decision in Akrich can be easily particularised on its facts, in that the ECJ distinguishes between cases where a person has been deported twice and has criminal convictions (Akrich) from cases where the

person has merely failed to abide by formalities laid down in national law (such as obtaining entry clearance in *Carpenter*). Il n'empêche qu'en imposant au juge national l'obligation de tenir compte de l'article 8 de la CEDH dans une situation qui ne relève pas du champ d'application du droit communautaire, l'arrêt *Akrich* suscite tout de même quelques interrogations. "If the situation falls altogether outside the scope of Community law, then Community law does not and cannot apply [...]. The incongruous reference to the European Convention of Human Rights then could only signify a considerable expansion of Community law (fundamental rights as general principles of Community law always apply regardless of whether the situation falls within the scope of Community law) which would be highly questionable from a legal (as well as political) perspective..." (E. Spaventa, *Common Market Law Review*, op. cit., p. 236).

Pour "cryptique" qu'elle soit selon certains (cf. A. Biondi et K. Harmer, *European Public Law*, 2004, p. 581, à la p. 599), la solution retenue tient sans doute à l'importance centrale que, de plus en plus, la Cour attache dans ses raisonnements à la protection des droits fondamentaux et au respect du principe de proportionnalité. C'est ce que suggère notamment E. Spaventa (*Common Market Law Review*, 2004, p. 743, aux pp. 766 et 768): "if it is true that the Court has always been sensible to the needs of those who exercise their Treaty rights, in the last decade we have also witnessed a more interventionist approach, together with a use of the free movement provisions which is sometimes purely instrumental to the achievement of the intended result. This is particularly visible in the case law relating to immigration rules [...]. [T]he feeling one gets [...] is that of a Court which is willing to interfere in Member States regulatory policies in order to protect fundamental (this time non-economic) rights [...]. [T]his case law seems directed at protecting the individual from disproportionate regulations imposed by Member States regardless of an effect, even only potential, on the exercise of intra-Community economic activities. But if, as argued [...], the internal market objective does not lend sufficient legitimacy for such steps, where is legitimacy to be found? The answer [...] might lie with the notion of Union

citizenship". Que le résultat auquel la Cour est parvenue aurait été "favorisé par le développement jurisprudentiel de la notion de citoyenneté de l'Union" est également l'avis de J.M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert (op. cit., p. 320). Cette conclusion permet en outre de conforter la conviction de C. Barnard (*The Substantive Law of the EU- The Four Freedoms*, Oxford University Press, 2004, p. 421) pour qui "even where [a] case is decided on the basis of Articles 39, 43 and 49 the Court may take into account citizenship-type principles. [That] might be said of *Akrich* where, although Mrs *Akrich* could not rely on her rights under Article 10 of Regulation 1612/68 to bring her husband back into the UK, the Court suggested that use of Article 8 of the European Convention might help to achieve the same result".

Préciser la portée exacte des droits des ressortissants des pays tiers, membres de la famille d'un citoyen de l'Union, demeure néanmoins une tâche assez délicate. E. Spaventa (*Common Market Law Review*, 2005, p. 238) se montre à cet égard particulièrement critique de l'arrêt *Akrich* qu'elle perçoit comme une nouvelle manifestation de la dérive conceptuelle de la jurisprudence de la Cour: "in several recent rulings the Court seems to have given up hermeneutic clarity and consistency in favour of a case-by-case assessment which is very much based on the facts which gave rise to the reference, and cannot be easily extended to other cases the facts of which differ - if only partially - from previous rulings. This, for a Court which should provide clear guidance to national judiciaries (and administrative authorities) as to the scope of Community law, is a regrettable trend, and it is even more open to criticism when systematically endorsed by the full Court".

Cela n'empêche toutefois pas d'autres de mettre en exergue le pragmatisme dont la Cour aurait fait preuve. Ainsi pour G. Davies (*Journal of Social Welfare and Family Law*, 2004, p. 211, à la p. 218): "a situation where simply by moving abroad a person could bring their spouse from anywhere in the world and take them home was never going to be sustainable. Member States would never allow immigration policy to be so dramatically undermined in such a legally opportunistic way". Cette approche pragmatique

sous-tendrait aussi la décision de la Cour dans l'affaire Collins.

[PC]

---

### ***Citoyenneté de l'Union et droits des demandeurs d'emploi***

L'affaire Collins a "permis à la Cour de rendre en assemblée plénière un arrêt important [arrêt du 23 mars 2004, C-138/02, non encore publié] qui illustre à la fois les limites actuelles [...] du droit dérivé en matière de libre circulation des personnes, et les potentialités de la citoyenneté européenne" (L. Idot, *Revue Europe*, mai 2004, p. 20, à la p. 21). La décision a été l'occasion pour la Cour de "préciser son interprétation de l'articulation des différentes règles de droit applicables aux demandeurs d'emploi" (F. Kessler, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 6/04, p. 442, à la p. 443).

"The first interesting aspect of Collins is that it sheds additional light on the notion of worker in EC law" (J. Meulman et H. de Waele, *Legal Issues of Economic Integration*, 2004, p. 275, à la p. 283). Selon E. Muir (*Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2/2004, p. 249, aux pp. 252 et 254-255) si, à cet égard, la décision "peut sembler s'inscrire dans la continuité de l'approche généreuse de notion de travailleur au sens du règlement 1612/68 adoptée par la Cour", la nouvelle souplesse donnée à cette notion "n'est pas sans remettre en cause les équilibres préalablement établis par la jurisprudence [puisque] l'Assemblée plénière de la Cour étend certes la notion de travailleur mais les critères établis dans les affaires Levin [arrêt du 23 mars 1982, 53/81, Rec. p. 1035] et Lawrie-Blum [arrêt du 3 juillet 1986, 66/85, Rec. p. 2121] sont fondamentalement remis en question. En effet, la qualité de travailleur est attribuée à un individu qui n'exerce aucune activité économique".

Cela étant, "l'arrêt Collins illustre comme l'arrêt Brown [arrêt du 21 juin 1988, 197/86, Rec. p. 3205] que les droits du travailleur dépendent de l'intensité du lien entre l'intéressé et le marché de l'emploi de l'Etat d'accueil" (*ibid.*, p. 258). "It is now clear that [the status of worker] cannot be retained indefinitely; the Advocate

General and the ECJ agree on this point, and both conclude that the 17-year interval between Mr. Collins' last effective employment in the EC and his renewed search for a job in 1998 is too long for him still to be considered a worker" (J. Meulman et H. de Waele, *op. cit.*, p. 283). Il s'agit là d'une solution qui a l'avantage "de maintenir la cohérence de la définition des avantages sociaux qui sont fondés sur un lien entre le bénéficiaire et l'exercice d'une activité professionnelle présente ou passée. [Cependant,] la distinction retenue par la Cour entre "travailleurs présentant un rattachement suffisant" avec le marché du travail et les autres est loin d'être claire et risque de continuer à entraîner des contentieux d'interprétation" (F. Kessler, *op. cit.*, p. 443).

Au-delà de ces développements sur le statut du demandeur d'emploi à l'aune du règlement 1612/68, "l'apport de l'arrêt est considérable [également] du point de vue de la technique juridique déployée" (E. Muir, *op. cit.*, p. 252) en ce sens qu'il met en exergue "que la notion de citoyenneté européenne peut influencer de manière non négligeable la rédaction même des dispositions nationales et les pratiques d'attribution de prestations" (F. Kessler, *op. cit.*, p. 444). Ayant, en effet, constaté "que les articles 39 CE et 2 et 5 du règlement 1612/68 ne permettent pas à eux seuls de constituer le fondement d'un droit à l'égalité de traitement au profit du demandeur d'emploi [...] la Cour en vient à analyser l'article 39, paragraphe 2 CE à la lumière des articles 12 et 18 CE" (E. Muir, *op. cit.*, p. 262), ce qui l'amène "en s'inspirant du raisonnement tenu dans les arrêts Grzelczyk [arrêt du 20.09.01, C-184/99, Rec. p. I6193; voir *Reflets n° 3/2003*, p. 32] et Garcia Avello [arrêt du 02.10.03, C-148/02, Rec. p. I-11613; voir *Reflets n° 3/2004*, p. 32] à opérer un véritable "revirement de jurisprudence" en ce qui concerne les droits des demandeurs d'emploi (J.M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert, *L'actualité juridique - Droit Administratif*, 2004, p. 1084).

"La technique d'interprétation utilisée par la Cour [...] est novatrice en ce qu'elle repose sur une interprétation de la loi spéciale à la lumière de la loi générale" (E. Muir, *op. cit.*, pp. 264-265). Comme le souligne G. Davies (*Journal of Social Welfare and Family Law*, 2004, p. 211, à la p. 220), "[the Court] explicitly said that the

scope and meaning of [Article 39 EC] must be interpreted in the light of the existence of citizenship, and this meant that it must be understood to apply to benefits given to job-seekers, as important matters for a migrant looking for work. This explicitness contrasts with earlier cases, such as [...] Bickel [arrêt du 24 novembre 1998, C-184/99, Rec. p. I-6193], Carpenter [arrêt du 11.07.02, C-60/00, Rec. p. I-6279; voir *Reflets* n° 3/2003, p. 30], D'Hoop [arrêt du 11.07.02, C224/98, Rec. p. I-6191; voir *Reflets* n° 3/2003, p. 32] and Grzelczyk [cit. supra], where although the Court has mentioned citizenship alongside other categories of mover[s] - students, service providers, and so on - it has been unclear precisely what the relationship between these categories was".

Si "l'Assemblée plénière de la Cour étend ainsi par un raisonnement inédit les droits du demandeur d'emploi" (E. Muir, op. cit., p. 269), ces droits ne sont pourtant pas inconditionnels. En ce sens, "Collins definitively confirms the applicability of the 'rule of reason' in the context of Article 12 EC" (J. Meulman et H. de Waele, op. cit., p. 285). "We see the Court applying the proportionality test and simultaneously establishing guidelines for the national judicial authorities (H. Oosterom-Staples, *Common Market Law Review*, 2005, p. 205, à la p. 218). Malheureusement, toutefois, selon certains, "le critère de "condition de résidence qui ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire" utilisé comme élément de mesure de la proportionnalité est flou et va conduire à des divergences d'interprétation" (F. Kessler, op. cit., p. 444). Comme le fait aussi remarquer H. Oosterom-Staples (op. cit., pp. 218-219), "the Court becomes vague, as it establishes that the period of residence must not exceed what is necessary in order for the national authorities to be able to satisfy themselves that the person concerned is genuinely seeking work". [...] we see the Court using the word "genuine" [...] in combination with "necessary" without explaining what it considers "genuine" or "necessary". "Cette incertitude est d'autant plus regrettable que le critère du "lien réel" constitue le seuil déclencheur de la solidarité vis-à-vis du demandeur d'emploi migrant alors que des migrants économiquement actifs se voient accorder l'égalité de traitement en matière d'avantages sociaux au sens de l'article 7

paragraphe 2 du règlement 1612/68 sans même avoir une activité économique rentable" (E. Muir, op. cit., p. 271).

La solution retenue par la Cour semble "en définitive très mesurée" (L. Idot, op. cit., p. 22). D'une part, la Cour se montre progressiste et son effort "pour qualifier le demandeur d'emploi de travailleur au sens du règlement 1612/68 peut [...] être analysé comme un premier pas vers le rétablissement d'un certain équilibre entre les droits des travailleurs atypiques bénéficiant de l'égalité de traitement en matière d'avantages sociaux alors même que leur activité ne se rapporte que de très loin à une activité économique rentable et ceux du demandeur d'emploi" (E. Muir, op. cit., pp. 258-259). D'autre part, toutefois, la juridiction communautaire "est prête à aider les États à lutter contre une certaine forme de "tourisme social" et il lui paraît logique d'admettre que le demandeur de la prestation justifie d'un certain lien avec le marché du travail. On ne saurait en définitive le lui reprocher" (L. Idot, op. cit., p. 2). C'est finalement la viabilité même du marché intérieur qui est en jeu et que la Cour veut à tout prix sauvegarder. Pour reprendre encore une fois les mots de G. Davies, (op. cit., pp. 211 et 218) "[whereas] the Court's judgment [...] represents a victory for Member State control and a restrictive view of benefit entitlements [...] it also represents a victory for social citizenship and for free movement. An over-stretched and over-idealistic interpretation of free movement rights would have undermined welfare states, and was never a realistic option, and thus never a model that could live long [...]. Thus Collins, and Akrich, can be seen as steps into maturity, addressing important practical questions that had been somewhat overlooked in the heady citizenship-led days of conceptual expansion. The merit of these steps is that at last the law takes on a form that one can recognise as potentially stable and workable, capable of assimilation into ministries and legislative processes".

Il n'en demeure pas moins que la solution fixée par l'arrêt Collins est en contradiction avec le texte de la directive 2004/38 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, récemment adoptée par le législateur communautaire. Cela

n'est pas sans poser des problèmes. Comme l'observe H. Oosterom-Staples (op. cit., p. 223), "it appears from the wording of Article 24(2) of Directive 2004/38 - which explicitly states that a Member State is under no obligation to grant social assistance to work seekers - that the Community legislature does not share the Court's views expressed in Collins. Thus by 30 April 2006 at the latest Member States should be able to turn down applications for financial assistance by work seekers and students without having to fear a backlash from the Court of Justice along the lines of Collins, but maybe the Court has other ideas!"

[PC]

= = = = =

### 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.eu.int>) sous "Le droit de l'Union en Europe / Jurisprudence nationale et internationale" et sur Ulysse, l'intranet "Recherche et Documentation" (<http://intranet/rd>) sous "Le service / Publications".

---

Ont collaboré à ce numéro les administrateurs suivants : Angel Almendros Manzano [AAM], Réa Apostolidis [RA], Pedro Cabral [PC], Petra Ebel Skvarilová [PES], Celestina Iannone [CI], Michael Kenny [MKE], Ana Mateus Ferreira [MAF], Katherina Paraschas [KPS], Alexander Pelzl [ALP], Dominique Philipp [DPH], Roberto Schiano [RSO], Jens H. Steenberg [JHS], Lina Tapper Brandberg [LTB], Éric Vanham [EVH], Fiona Young [FY]  
Coordinateur : Martine Kremer [MK]