PRÉFACE

Comment passer du droit international au droit communautaire sans pour autant renier ses premières amours ? C'est très simple : vous faites comme Michel Waelbroeck. Vous mettez au service de votre réflexion votre formation d'internationaliste, vous y ajoutez une pointe de droit constitutionnel, vous mélangez bien, vous versez le tout dans un fond de principes à la saveur dominante de primauté et d'applicabilité directe et vous dégustez lentement : vous avez découvert l'exhalaison envoûtante du droit communautaire ! La recette se trouve aussi sous la plume de la Cour de justice qui, en sa qualité de grand sommelier, proclame doctement que le droit communautaire « *constitue un nouvel ordre juridique de droit international* », lequel peut, à son tour, être pimenté par quelques principes généraux et autres droits fondamentaux, pour faire naître un breuvage proche du nectar dont les Dieux — entendez « les juges » — se régalent sans modération. Si l'élixir ainsi composé vous paraît trop fort, vous pouvez y ajouter quelques mesures d'eau qui permettront à votre tréfonds de droit national de jouir pleinement de ce « nouveau goût venu d'ailleurs » sans risque d'indigestion. Comme vous pouvez le constater, la préparation est relativement simple à condition de bien respecter les différents dosages. C'est là que se révèle le don d'artiste.

Et Michel Waelbroeck est assurément un tel « artiste ». Le mot, entendu dans son sens le plus noble, lui convient bien. Non seulement pianiste de talent, non seulement « humaniste » par le regard toujours en éveil qu'il porte sur le monde et par sa capacité, presque juvénile, de s'en émerveiller, il est aussi un merveilleux peintre du droit communautaire dont, à la manière des impressionnistes, il restitue, par petites touches, la luminosité dans toutes ses nuances, en plantant son chevalet au sein même du paysage dans lequel il puise son inspiration. Alors, pétri de cette vérité, il peut la parachever dans le calme de son atelier.

À la fois praticien renommé du droit communautaire et enseignant respectueusement écouté, Michel Waelbroeck a ces deux qualités qui font de lui un « maître » au plein sens du terme. Je puis en parler en connaissance de cause car j'ai eu la chance d'être son disciple et, depuis mes premiers pas sur le chemin parfois tortueux du droit communautaire, le respect que j'ai pour lui — et que je ne cesse d'avoir — s'est progressivement mué en amitié laquelle, au fil du temps, n'a fait que se raffermir.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Préface
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

PRÉFACE

L'œuvre de Michel Waelbroeck — le mot n'est pas exagéré — est parcourue par des courants divers qui en dégagent l'*unité* au travers de *variations* qui lui donnent sa force.

L'*unité*, c'est assurément l'attention constante et minutieuse accordée à la genèse et à l'expression mouvante du droit communautaire. Influencé par sa formation, il a été un des premiers à souligner la filière entre le droit international et le droit communautaire tant il est vrai que rien ne se crée à partir de rien. Mais il a aussi immédiatement perçu la richesse potentielle de ce droit « nouveau » au carrefour de plusieurs tendances qui concouraient elles-mêmes à des développements originaux susceptibles d'en définir la spécificité. À la manière d'un véritable chercheur, se méfiant des pistes toutes tracées, il a exploré cette « terra incognita » qu'était le droit communautaire à l'origine pour en dresser une carte permettant à ceux qui construisaient le projet européen d'avancer en terrain sûr. Il a ainsi été de ceux qui, en mettant leur science au service d'une cause, ont fait progresser l'intégration européenne sur un substrat juridique qui en assurait le fondement.

Michel Waelbroeck a toujours posé, dans ses travaux, ce regard porté vers la nouveauté — je dirais presque « l'exploration » — mais sans démesure, évitant les excès, par définition « déraisonnables », contenant toujours son élan par une analyse juridique rigoureuse, même si celle-ci allait parfois à contre-courant d'idées dominantes dont la véracité n'était toutefois qu'apparente. C'est précisément en assortissant son raisonnement de propos finement mesurés, qui sont l'expression d'équilibre entre ce qui est, ce qui devrait être et ce qui peut être, qu'il leur donnait la force de conviction nécessaire.

Les *variations*, ce sont les multiples domaines sur lesquels Michel Waelbroeck a porté sa plume et son engagement. D'abord, il a abordé le droit institutionnel dans sa plénitude, ne se contentant pas de l'étudier sous l'angle de la trilogie relationnelle droit international — droit communautaire — droit national, mais l'étendant à la protection des droits de l'homme en droit communautaire et à l'étude des accords externes conclus par les Communautés européennes. Il a également investi le droit communautaire matériel sous divers aspects, en faisant du droit de la concurrence et du droit de la libre circulation ses terrains de réflexion privilégiés. À cela s'ajoutent, bien entendu, les expériences sans pareil qu'il a puisées dans sa pratique du droit communautaire, acquise au travers des nombreux dossiers et des multiples plaidoiries qui l'ont amené à fréquenter assidument le prétoire du juge communautaire et qui lui ont permis d'acquérir une connaissance aussi étendue qu'affinée du contentieux communautaire.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Préface
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Dans tous ces domaines, la diversité participant à donner au tableau son unité d'ensemble, Michel Waelbroeck a allié à sa réflexion une force d'argumentation qui la rendait en quelque sorte incontestable au point que souvent il a infléchi la jurisprudence de la Cour de justice en l'amenant à revoir sa position ou à s'engager sur une voie nouvelle. Les exemples sont nombreux. Ils vont de l'affirmation, avant l'affaire Van Gend en Loos, de l'effet direct de certaines dispositions du traité (en l'occurrence l'ex-article 12 du traité C.E.E.) et de l'effet direct — sans reconnaissance toutefois de leur effet direct horizontal — des directives, à la constatation de « l'immédiateté communautaire », à la primauté du droit communautaire sur la loi nationale postérieure, à la contestation de la jurisprudence « Hans Just » en matière de restitution des taxes indûment payées, au caractère obligatoire en droit communautaire de la convention européenne des droits de l'homme, à l'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires, à l'utilisation abusive des droits de propriété intellectuelle comme moyen de cloisonnement des marchés nationaux, à l'interprétation élargie de la notion de mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives, au renforcement de l'efficacité du contrôle des aides et autres interventions publiques...

Le directeur de cette collection nous donne la chance de lire et de relire, en les rassemblant, certains des textes parmi les plus significatifs de la pierre apportée par Michel Waelbroeck à la construction du droit communautaire. Ces « grands écrits » sont accompagnés de commentaires rédigés par l'auteur lui-même, qui permettent de les situer dans le prolongement de sa pensée et de dégager les réactions qu'ils n'ont pas manqué de susciter.

L'ampleur de l'œuvre prend ainsi toute sa dimension qui est de mettre au service d'une cause, celle de l'intégration européenne, un encadrement juridique à la mesure de ce projet et lui assurant sa pérennité. En tout cas, quel que soit l'avenir, Michel Waelbroeck, comme d'autres pionniers, aura posé avec rigueur et dans la clarté les bases de l'édifice. Si d'aventure, celui-ci venait à fléchir, il y aurait lieu de se souvenir des principes qui lui ont donné forme et dont Michel Waelbroeck fut, en toute modestie, un des bâtisseurs. Il est bon que les générations futures s'en souviennent.

Georges VANDERSANDEN
Professeur émérite de la Faculté de Droit
de l'Université Libre de Bruxelles
Avocat honoraire au Barreau de Bruxelles

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Préface
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

A. ASPECTS DE DROIT INSTITUTIONNEL

I. L'ordre juridique communautaire entre droit international et droit fédéral

1. *La nature juridique des Communautés européennes*

Pendant les premières années de la vie des Communautés européennes, de nombreuses études ont été consacrées à la recherche de leur nature juridique : s'agissait-il d'organisations internationales au sens classique du terme, ou fallait-il y voir la manifestation d'un phénomène inédit, échappant à la sphère du droit international pour s'orienter vers un modèle fédéral ? Les traités instituant les Communautés pouvaient-ils être assimilés à une « constitution » ?

Ces questions, qui conservent aujourd'hui leur actualité non seulement juridique mais aussi politique, m'ont préoccupé dès mes débuts de chercheur.

De par ma formation d'internationaliste, j'avais, davantage peut-être que d'autres, conscience qu'il existait des précédents dans l'ordre international pour le phénomène communautaire, même si ces précédents avaient un champ d'application beaucoup plus limité. Ceci me conduisait à mettre en doute la spécificité de l'ordre juridique communautaire par rapport au droit international.

J'avais soumis le premier jet de l'étude que je destinais au recueil de mélanges en son honneur à mon patron de stage et parent, le professeur Henri Rolin, qui avait eu la générosité de diriger mes premiers pas dans la voie de la recherche juridique, ainsi qu'à mon confrère et ami Willy Alexander, avocat à Amsterdam, avec qui j'entretenais à l'époque une correspondance suivie au sujet du droit communautaire naissant. Tous deux me recommandèrent de nuancer ma conclusion, qui allait résolument dans le sens de la nature internationale des Communautés européennes. Ils soulignaient que la situation pourrait être amenée à se modifier à la suite de l'évolution pratique. Reconnaissant la justesse de cette remarque, je remaniai mon texte en conséquence (1).

(1) Le caractère spécifique des « traités constituants de l'Union européenne » (et de la Convention européenne des droits de l'homme) a reçu une consécration constitutionnelle en

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - La nature juridique des Communautés européennes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

« Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés européennes »,

Mélanges offerts à Henri Rolin,

Paris, Éditions A. Pédone, 1964, pp. 496-506.

1. — Les Communautés européennes sont-elles des organisations internationales au sens classique du terme (2) ? Les relations auxquelles les traités qui les instituent (3) donnent naissance relèvent-elles du droit des gens, ou forment-elles un système juridique autonome ? On connaît le débat qui divise la doctrine à ce sujet (4). Pour de nombreux auteurs, la nature des pouvoirs qui leur sont dévolus situerait les Communautés en dehors du droit international. En instituant des organes chargés de réglementer des secteurs d'activité qui jusque là relevaient du droit interne des États membres, et en habilitant ces organes à prendre des mesures affectant directement la situation juridique des personnes privées, sans

---

Belgique en 2003 par l'introduction de l'article 26 § 1 bis dans la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle du 6 janvier 1989. Voy. R. Ergec, *La Cour constitutionnelle belge et le droit européen*, in : *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden*, Bruxelles (Bruylant) 2008, p. 167, 174.Voy. aussi en général sur le sujet : J.-V. Louis et Thierry Ronse, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Bâle et Bruxelles, 2005, p. 352.

(2) Sur la notion d'organisation internationale, cf. Ch. Chaumont, *Les organisations internationales*, Paris, Les cours de droit, 1954-1955, p. 5 et suiv. ; P. Reuter, « Principes du droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1961, t. II, p. 516 et suiv.

(3) Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (C.E.C.A.) signé à Paris, le 18 avril 1951 ; Traités instituant la Communauté économique européenne (C.E.E.) et la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom), signés à Rome, le 25 mars 1957.

(4) Sans prétendre être complets, nous nous bornerons à citer quelques unes des études les plus importantes : G. Van Hecke, « La structure institutionnelle de la C.E.C.A. », *Journal des Tribunaux*, 1951, p. 277 ; H. Mosler, « Der Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1951-1952, p. 1 ; P. Reuter, *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Paris, 1953 ; R. Bindschedler, *Rechtsfragen der europäischen Einigung*, Bâle, 1954 ; G. Morelli, « Appunti sulla Comunità europea del carbone e dell'acciaio », *Rivista di diritto internazionale*, 1954, p. 3 ; R. Socini, *L'adeguamento degli ordini statuali all'ordinamento internazionale*, Milan, 1954, p. 17 à 21 ; W. Riphagen, *De juridische structuur der Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal*, Leiden, 1955 ; I. Samkalden, « Over de juridische structuur van de Kolen en Staalgemeenschap », *Nederlands Juristenblad*, 1955, p. 813 ; R. Monaco, *Le istituzioni internazionali di cooperazione europea*, Milan, 1956, p. 82 et suiv. ; P. De Visscher, « La Communauté européenne du charbon et de l'acier et les États membres », *Actes officiels du Congrès international d'études sur la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Milan, 1957, t. II, p. 7 ; G.G. Stendardi, *I rapporti fra ordinamenti giuridici italiano et delle Comunità europee*, Milan, 1958 ; M. Lagrange, « L'ordre juridique de la C.E.C.A. vu à travers la jurisprudence de sa Cour de justice », *Revue du droit public et de la science politique*, 1958, p. 841 ; R. Monaco, « Caratteri istituzionali della Comunità economica europea », *Rivista di diritto internazionale*, 1958, p. 9 ; P. Mathijsen, *Le droit de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, La Haye, 1958 ; G. Sperduti, *La C.E.C.A. – Ente sopranazionale*, Padoue, 1960 ; G. Cansacchi, « Le Comunità sopranazionali, gli ordinamenti Comunitari e gli ordinamenti degli Stati membri », in *Studi in onore di E. Crosa*, Milan, 1960, p. 309 et suiv. ; D. Sidjanski, « L'originalité des Communautés européennes et la répartition de leurs pouvoirs », *Revue générale de droit international public*, 1961, p. 40 ; Fr. Münch, « Prolégomènes à une théorie constitutionnelle des Communautés européennes », *Rivista di diritto europeo*, 1961, p. 127 ; A. Migliazza, *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milan, 1961, p. 349 et suiv.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - La nature juridique des Communautés européennes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

passer par l'intermédiaire des États (5), les traités de Paris et de Rome auraient établi les fondements d'un droit qui, sortant du domaine international, s'apparenterait au type fédéral (6).

Il est incontestable qu'il existe de nombreuses analogies entre le système juridique auquel ont donné naissance ces traités et le droit d'un État fédéral. L'attribution aux organes communs de compétences normatives s'exerçant directement sur les particuliers, ainsi que l'autonomie manifestée par ces organes à l'égard des États membres, sont des phénomènes qui se rapprochent incontestablement du type fédéral. De même, le contenu du droit inscrit dans le traité et dans les actes pris pour son application est plus proche du droit interne que du droit des gens. Ceci explique que, pour l'interprétation de ce droit communautaire, le recours aux systèmes juridiques des États membres est d'un plus grand secours que l'appel aux règles internationales (7).

S'ensuit-il que les Communautés échappent à la catégorie des unions internationales ? Leur droit est-il autonome à l'égard du droit des gens, comme l'est le droit d'un État fédéral ? Nous ne le pensons pas. Il est généralement admis aujourd'hui qu'aucune règle de droit international ne s'oppose à ce qu'une convention fasse naître directement des droits et obligations dans le chef des particuliers (8). Le droit public de nombreux États admet l'efficacité interne des dispositions « self-executing » de ces conventions (9), sans qu'une transformation en une loi nationale soit requise (10). Souvent, des matières qui relevaient antérieurement du

(5) L'autonomie et l'immédiateté des compétences exercées par les institutions communautaires sont généralement considérées comme caractéristiques du phénomène « supranational » (P. Reuter, « Le plan Schuman », *R.C.A.D.I.*, 1952, t. II, pp. 543 à 551 ; R. Bindschedler, *op. cit.*, pp. 75 à 78 ; P. Mathijsen, *op. cit.*, pp. 147 à 150 ; P. Pescatore, « Les relations extérieures des Communautés européennes », *R.C.A.D.I.*, 1961, t. II, p. 27, note 18). Sans nous dissimuler les objections d'ordre théorique et pratique qu'il est possible de formuler à l'encontre de l'usage de ce néologisme (cf. De Visscher, *op. cit.*, pp. 32 à 35 ; A.J.P. Tammes, « Wat is supranationaal ? », *Nederlands Juristenblad*, 1953, p. 325 ; G. Cansacchi, étude citée, p. 314 à 318), nous pensons que la pratique courante l'a consacré dans cette acception, et qu'on ne peut prétendre l'ignorer ou en faire abstraction aujourd'hui.

(6) H.J. Schlochauer, « Die übernationale Charakter der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl », *Juristenzeitung*, 1951, p. 290 ; *id.*, « Die Gerichtsbarkeit der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl », *Archiv des Völkerrechts*, 1951, p. 385 ; M. Lagrange, article cité, pp. 862 et 863. P. Reuter parle d'un « droit interne commun aux États membres » (cours précité, *R.C.A.D.I.*, 1952, t. II, p. 550).

(7) Cf. notamment P. Reuter, « Le droit de la Communauté européenne du charbon et de l'acier », *Clunet*, 1953, p. 12 ; M. Lagrange, article précité, p. 843 et suiv. ; P. Mathijsen, *op. cit.*, p. 108 et suiv., et p. 152.

(8) Avis consultatif de la Cour permanente de justice internationale n° 15 du 3 mars 1928, Ville de Dantzig, *Publications de la Cour*, série A/B, n° 28, p. 17.

(9) Sur la notion de disposition « self-executing », voy. : A.E. Evans, « Self-executing treaties in the United States of America », *British Yearbook of International Law*, 1953, p. 178 ; P. Reuter, *Droit international public*, Paris, 1958, p. 18 ; A.J.P. Tammes, « Een ieder verbindende » verdragsbepalingen, *Nederlands Juristenblad*, 1962, pp. 69 et 89.

(10) Cf. P. De Visscher, « Les tendances internationales des constitutions modernes », *R.C.A.D.I.*, 1952, t. I, pp. 555 à 570 ; P. Reuter, *Droit international public*, pp. 12 et 13.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - La nature juridique des Communautés européennes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

droit des parties contractantes sont réglementées de manière exhaustive par un traité international. Que l'on songe, par exemple, à la Convention d'Union de Paris du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle, ou à la Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, et l'on se rendra compte que les règles qu'elles créent représentent, au point de vue matériel, un véritable « droit interne commun » se substituant aux droits nationaux pour les rapports qu'elles régissent. Lorsqu'il s'agit d'interpréter ces dispositions, il est naturel de faire appel aux principes généraux des droits nationaux plutôt qu'aux règles du droit des gens. Mais il serait faux d'en déduire que ces normes constituent, au point de vue formel, un système indépendant du droit international. Quoique par leur objet et leurs destinataires elles se rapprochent du droit interne, elles n'en puisent pas moins leur validité dans un accord international à l'existence duquel elles sont étroitement subordonnées. Si, en raison de sa résiliation ou de sa caducité, cet accord perd sa validité internationale, l'applicabilité de ses dispositions dans l'ordre juridique interne des États signataires cessera aussitôt.

Il n'en va pas autrement lorsque l'accord international, au lieu d'épuiser sa fonction normative au moment d'entrer en vigueur, crée des organes qui ont pour tâche de préciser et de compléter les principes qu'il établit en édictant des règles immédiatement applicables aux particuliers. Nous ne pensons pas qu'il existe, entre les traités de ce type, et les conventions normatives « self-executing » classiques, une différence de nature. Pourquoi les règles qui émanent des organes institués par le traité cesseraient-elles de dépendre du droit des gens, alors que si elles avaient été inscrites dans le traité lui-même, nul ne contesterait leur caractère international ? Dans les deux cas, leur fondement réside dans le traité ; tout événement affectant celui-ci a des répercussions immédiates sur leur validité.

Certes, l'apparition d'institutions internationales dotées de pouvoirs réglementaires autonomes s'exerçant sans intermédiaire sur les sujets de l'ordre interne est-elle relativement récente ; cependant, les Communautés européennes ne constituent pas la première manifestation d'organisations de ce genre. Ainsi, la Commission européenne du Danube, créée le 30 mars 1856 par le Traité de Paris, exerçait des pouvoirs de réglementation et de juridiction importants affectant directement les ressortissants des États riverains (11). Cela n'empêche pas les auteurs de lui reconnaître le caractère d'une organisation internationale.

Il est vrai que les compétences dont sont investis les organes des Communautés sont beaucoup plus étendues et touchent de beaucoup

(11) Cf. *La Commission européenne du Danube*, 1856-1931, Paris, 1931.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - La nature juridique des Communautés européennes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

plus près aux intérêts vitaux des États membres que celles qui furent accordées, par le passé, à des organismes tels que la Commission du Danube. Cependant cette différence, purement quantitative, ne permet pas de conclure que les Communautés constitueraient une catégorie étrangère au droit international (12).

En conclusion, si l'on peut admettre que la notion de supranationalité recouvre une réalité valable, dans la mesure où elle implique l'autonomie et l'immédiateté des compétences instituées au profit d'organes créés par traité international (13), il n'en résulte nullement que ce phénomène doive nécessairement se situer en dehors du droit des gens.

2. — Le rattachement de l'ordre juridique communautaire au droit international est à première vue commandé par le fait qu'il trouve son origine dans des traités internationaux. L'argument n'est pourtant pas décisif. Il peut arriver qu'un ordre juridique nouveau trouve son origine historique dans un accord international (14) ; il sera cependant autonome si l'acte qui lui a donné naissance n'est plus soumis au droit international en ce qui concerne sa modification ou son abrogation ultérieures, si, en d'autres mots, cet acte perd sa nature de traité international. Ainsi que le remarque fort exactement le professeur Bindschedler :

Zwar kann ein Bundesstaat durch Staatsvertrag gegründet werden ; seine Geltungsgrundlage liegt jedoch nicht in diesen Verträgen. Die Gründungsverträge fallen vielmehr mit der Gründung des Bundesstaates durch Vollzug ihrer Bestimmungen, durch Erfüllung dahin. Andernfalls wäre es jederzeit möglich, diese Verträge und damit die Geltungsgrundlage der Bundesverfassung durch die vom Völkerrecht zur Verfügung gestellten Mittel wieder aufzulösen. (15).

Qu'en est-il des Communautés européennes ? Les traités qui les instituent sont-ils encore des accords internationaux dans le sens que nous venons de préciser ? Leur existence demeure-t-elle subordonnée à la volonté des États membres ? C'est ce que nous nous proposons de rechercher maintenant.

La principale différence entre les traités instituant les Communautés européennes et les autres conventions internationales tient au fait que les premiers ont créé une juridiction commune chargée d'assurer le respect des règles de droit auxquelles ils donnent naissance, juridiction dont l'accès est largement ouvert non seulement aux États, mais également

(12) Dans notre sens : P. De Visscher, *op. cit.*, p. 33 ; A. Migliazza, *op. cit.*, p. 27 ; en sens contraire : P. Mathijsen, *op. cit.*, p. 152.

(13) Cf. *supra*, note 4.

(14) R. Bindschedler, *op. cit.*, pp. 23 et 24. C'est ainsi que l'Empire allemand a été créé en 1870-1871 au moyen de traités internationaux : R. Bindschedler, *ibid.*

(15) *Op. cit.*, p. 34. Cf. aussi : H. Mosler, article précité, p. 35.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - La nature juridique des Communautés européennes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

aux organes communautaires et aux personnes privées. Grâce à l'action de la Cour de justice des Communautés européennes, l'observation des normes posées par les traités ou en application de ceux-ci sera assurée de façon beaucoup plus parfaite que dans les accords internationaux de type classique, lesquels demeurent dans une large mesure soumis à la volonté des gouvernements des États signataires.

En règle générale, les gouvernements jouissent d'un pouvoir très étendu pour interpréter les conventions qu'ils ont conclues. Si le sens ou la portée des dispositions arrêtées de commun accord donne lieu à des divergences, ils peuvent à tout moment conclure une convention interprétative ; cette convention sera considérée par les tribunaux internes de nombreux pays comme s'incorporant à l'accord originaire et s'imposera par conséquent à eux (16). Souvent cependant, au lieu de se borner à préciser ce qui existe, les gouvernements chercheront à créer, sous couleur d'interprétation, une situation nouvelle (17). D'autre part, il arrivera qu'ils aient eux-mêmes un intérêt commun dans un différend mettant en cause l'interprétation du traité devant le juge interne (18) ; dans ce cas, les chances seront grandes pour que l'interprétation sur laquelle ils se mettront d'accord ne soit pas celle à laquelle aurait abouti une instance impartiale (19).

L'application des traités dépend, elle aussi, à la fois de la vigilance et de la bonne volonté des gouvernements contractants. Lorsqu'un État viole ses obligations conventionnelles, causant ainsi un préjudice à des particuliers, ces derniers n'ont pas qualité pour présenter une réclamation internationale, même après épuisement des voies de recours internes, puisqu'ils ne sont pas sujets du droit des gens. Ils devront s'en remettre à leur gouvernement du soin d'accomplir les démarches nécessaires pour obtenir satisfaction. L'exercice du droit de protection diplomatique étant discrétionnaire, les gouvernements seront libres de ne pas donner suite à la plainte. Le particulier lésé pourra être ainsi la victime de considérations d'opportunité, ou tout simplement de l'inertie de son propre gouvernement. On aperçoit donc à quel point les traités internationaux sont généralement subordonnés à la volonté des gouvernements,

(16) P. Duez, « L'interprétation des traités internationaux », *Revue générale de droit international public*, 1925, p. 432 ; L. Ehrlich, « L'interprétation des traités », *R.C.A.D.I.*, 1928, IV, p. 36 ; Appel Amsterdam, 13 février 1957, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1958, n° 230.

(17) P. Duez, article précité, p. 435.

(18) Il en sera ainsi lorsqu'un ressortissant d'un des États contractants se prévaut à l'encontre de l'administration fiscale de l'autre État d'une convention accordant l'immunité en matière d'impôts : les deux gouvernements auront intérêt à ce que la convention soit interprétée restrictivement.

(19) Cf. à ce sujet les observations pénétrantes du professeur M. Chrétien, « L'application et l'interprétation des clauses fiscales des traités internationaux français », *Revue critique de droit international privé*, 1951, p. 41 et suiv. ; *id.*, « L'interprétation des traités bilatéraux sur la double imposition », *Jurisclasseur périodique*, 1960.I.1561.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - La nature juridique des Communautés européennes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tant en ce qui concerne leur interprétation que leur application. Dans ces conditions, le respect des principes posés par ces traités n'est que très imparfaitement assuré au profit des individus.

Il en est de même lorsque le traité prévoit que tous les différends relatifs à son application ou à son interprétation doivent être soumis à un arbitrage ou à la décision d'une juridiction internationale, telle la Cour internationale de justice. Ces tribunaux n'étant pas accessibles aux particuliers, ceux-ci seront dans l'impossibilité de faire rectifier une interprétation donnée par les gouvernements agissant de concert et qu'ils estimeraient erronée, ou pour exiger d'une des parties contractantes l'observation de ses obligations conventionnelles. L'institution d'une juridiction internationale n'est donc pas, par elle-même, susceptible de réduire la dépendance de l'individu par rapport à son gouvernement.

Toute autre est la situation lorsque, comme dans les Communautés européennes, l'accès au prétoire international est largement ouvert non seulement aux États, mais également aux institutions communes et aux personnes privées. Étant donné la mission dévolue à la Cour de justice d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités (20), les gouvernements ne sont plus seuls qualifiés pour déclarer, en dernier ressort, quel est le sens des dispositions conventionnelles. La juridiction communautaire est chargée de cette tâche ; elle ne saurait, sans faillir à sa mission, s'incliner devant une interprétation gouvernementale multilatérale qu'elle n'estimerait pas fondée. Dans la Communauté économique européenne et l'Euratom, la Cour de justice peut même être saisie à titre préjudiciel des questions d'interprétation du traité soulevées devant les tribunaux des États membres à l'occasion des procès entre particuliers. L'interprétation de la Cour a dans ce cas un effet immédiat sur la solution du litige. Mais même dans la Communauté européenne du charbon et de l'acier, où la procédure préjudicielle n'existe pas en cette matière (21), il n'apparaît guère douteux que le juge interne s'inclinerait devant l'interprétation qui, à l'occasion d'une autre affaire, aurait été donnée par la Cour sur le point dont il est saisi.

En matière d'application des traités également, les particuliers ne sont plus aussi dépendants à l'égard de leur gouvernement que dans la pratique internationale habituelle. Si un État membre ne respecte pas ses obligations, les exécutifs communautaires ont l'obligation d'agir contre lui en vue d'obtenir sa condamnation (22). Dans la Communauté

(20) Article 31 du traité C.E.C.A., article 164 du traité C.E.E., article 136 du traité Euratom.

(21) L'article 41 du traité C.E.C.A. n'oblige les juridictions nationales à surseoir à statuer que si la *validité* d'une délibération de la Haute Autorité est mise en cause devant elles.

(22) La procédure est réglée de manière un peu différente dans le traité C.E.C.A., d'une part (article 88), et les traités C.E.E. et Euratom, d'autre part (articles 170-171, 142-143, respectivement).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - La nature juridique des Communautés européennes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

européenne du charbon et de l'acier, les individus ont même, en cas d'inaction de la Haute autorité, la possibilité d'*obliger* celle-ci à mettre en mouvement la procédure en constatation du manquement commis par l'État (23). Quoique cette faculté ne leur soit pas reconnue en termes exprès dans les deux autres Communautés (24), il n'en est pas moins certain qu'ils peuvent attirer l'attention de la Commission sur la violation qu'ils imputent à un État, et que celle-ci doit agir si elle estime la violation établie (25). Le respect du droit communautaire ne dépend par conséquent plus exclusivement de l'initiative des gouvernements ; la dépendance des individus à leur égard n'est plus aussi complète que dans les traités internationaux classiques. C'est là une garantie d'une valeur inestimable pour les personnes privées, dont les intérêts ne coïncident pas nécessairement avec ceux des gouvernements (26).

3. — On peut se demander toutefois si les traits originaux que nous venons de relever sont suffisamment importants, sur le plan théorique, pour soustraire les Communautés au domaine du droit international. Certes, grâce au contrôle juridictionnel étendu qu'exerce la Cour de justice, l'application et l'interprétation des traités cessent d'être entièrement soumises aux gouvernements. S'ensuit-il que les traités eux-mêmes soient soustraits à l'action des États ? Ceux-ci se sont-ils dépouillés du droit d'en modifier les dispositions au moyen d'un nouvel accord international, conclu conformément à leurs procédures constitutionnelles respectives ? Ce n'est qu'à condition de refuser aux États membres ce pouvoir d'amendement que l'on pourra considérer les traités constitutifs comme des actes échappant au droit international et établissant les fondements d'un régime juridique autotome. Il est donc crucial d'éclaircir ce point.

Remarquons tout d'abord que l'article 95, alinéas 3 et 4 du traité C.E.C.A. (27), qui prévoit la possibilité pour les organes communs de

(23) C'est le « recours en carence » prévu à l'article 35 du traité C.E.C.A. Cf. sur ce point l'affaire *Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises*, n°s 7 et 9/54, 23 avril 1956, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice*, t. II, p. 53.

(24) Le libellé plus restrictif des articles 175 du traité C.E.E. et 148 du traité Euratom semble imposer, à première vue, une solution négative. Cf. M. Lagrange, « Les actions en justice dans le régime des Communautés européennes », Sociaal-economische Wetgeving, 1962, pp. 92 et 96.

(25) Sur l'obligation où se trouve la Commission d'agir lorsqu'elle estime établi le manquement étatique, cf. Wohlfarth, Everling, Gläsner, Sprung, *Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, Berlin, 1960, annotation sous l'article 169.

(26) Ainsi que le constate fort à propos M. l'avocat général M. Lagrange dans une étude récente : « Une décision peut être prise avec l'accord unanime des gouvernements, et léser cependant gravement les intérêts de toute une catégorie professionnelle. (...) Le maintien, dans une mesure plus grande que les textes le prévoyaient, de l'influence étatique au sein de la Communauté y rend plus nécessaire qu'il n'avait paru la protection judiciaire directe des personnes privées ». (Le rôle de la Cour de Justice des Communautés tel qu'il se dégage de sa jurisprudence, *Revue du marché commun*, 1961, p. 37).

(27) Cette disposition n'a pas d'analogue dans les autres traités.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - La nature juridique des Communautés européennes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

réviser, dans certaines limites, les dispositions du traité sans le concours des États membres, n'apporte aucune réponse à notre problème. D'une part, les amendements qui peuvent être introduits par cette procédure de « révision mineure » ont une portée extrêmement limitée (28) ; d'autre part, l'article 95, alinéas 3 et 4 peut lui-même, comme toute autre disposition du traité, être modifié conformément à l'article 96. Observons enfin que de nombreux traités instituant des organisations internationales contiennent des dispositions prévoyant une procédure de révision majoritaire sans ratification par les États membres (29).

Il importe donc d'examiner la procédure instituée par l'article 96, ainsi que par les articles qui lui correspondent dans les traités C.E.E. et Euratom (30). Posent-ils des conditions dérogatoires au droit commun en matière d'amendement d'accords internationaux ? Dans l'affirmative, sont-ils exclusifs de ce droit commun, ou se bornent-ils à mettre à la disposition des États une procédure facultative, à laquelle ceux-ci peuvent renoncer en faveur des règles du droit international coutumier ?

Si l'on admet que, selon le droit des gens, il faut et il suffit, pour modifier un accord international, qu'un nouvel accord soit souscrit par l'unanimité des parties au premier accord conformément à leurs procédures constitutionnelles respectives, l'on doit constater que les dispositions des traités de Paris et de Rome posent des exigences plus sévères que le droit commun. L'article 96 du traité de Paris ne permet d'entamer une procédure d'amendement qu'après l'expiration de la période transitoire. Il exige que la proposition d'amendement, émanant d'un État membre ou de la Haute Autorité, soit soumise au Conseil ; si celui-ci émet, à la majorité des deux tiers, un avis favorable à la réunion d'une conférence des représentants des gouvernements des États membres, cette conférence sera immédiatement convoquée par le président du Conseil en vue d'arrêter d'un commun accord les modifications à apporter aux dispositions du traité ; ces amendements entrent en vigueur après avoir été ratifiés par tous les États membres en conformité de leurs règles constitutionnelles respectives. Le système prévu par les traités de Rome est en partie différent. La proposition de révision doit d'abord être soumise à l'Assemblée et à la Commission (31) ; si, à la suite de ces consultations, le Conseil statuant à la majorité simple (32) émet un avis favorable à

(28) Ils ne peuvent comporter qu'une adaptation des règles relatives à l'exercice par la Haute Autorité des pouvoirs qui lui sont conférés, et cela sans qu'ils puissent porter atteinte aux dispositions des articles 2, 3 et 4, ou au rapport des pouvoirs respectivement attribués à la Haute Autorité et aux autres institutions de la Communauté.

(29) Voy. notamment les constitutions des organisations suivantes : F.A.O. (Article 19) ; U.N.E.S.C.O. (Article 13) ; O.M.M. (Article 28) ; C.E.R.N. (Article 10).

(30) Article 236 du traité C.E.E. et article 204 du traité Euratom.

(31) Sauf lorsque cette proposition émane de la Commission elle-même. Cf. Wohlfarth, Everling, Gläsner et Sprung, *op. cit.*, annotation n° 3 à l'article 236.

(32) Article 148, § 1 du traité C.E.E. et article 118, § 1 du traité Euratom.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - La nature juridique des Communautés européennes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

la réunion d'une conférence des représentants des gouvernements des États membres, celle-ci est convoquée par le président du Conseil ; la suite de la procédure se déroule comme dans le traité C.E.C.A. Du fait que ces dispositions organisent une procédure de révision plus complexe que celle du droit international commun, on pourrait déduire, de prime abord, que les États membres ne sont plus libres de modifier les traités constitutifs sans respecter les conditions imposées par ceux-ci. Ces traités constitueraient alors un ordre véritablement autonome, échappant au droit international et s'imposant aux États membres. Cependant, il n'en est rien. Si l'on examine de plus près les conditions requises par les trois traités en matière d'amendement, on constate qu'elles ne limitent en rien la liberté d'action dont les États membres jouissent en vertu du droit des gens. Le fait que l'initiative de convoquer la conférence des représentants des gouvernements des États membres revienne au Conseil statuant à la majorité qualifiée (dans la C.E.C.A.) ou simple (dans la C.E.E. et l'Euratom) ne comporte aucune restriction au droit d'amendement des États membres puisque le Conseil est composé des représentants des gouvernements (33). La consultation de l'Assemblée et, le cas échéant, de la Commission, n'a pas une portée plus étendue, le Conseil n'étant pas tenu de suivre les avis ainsi recueillis (34). Enfin, la limitation *ratione temporis* contenue dans l'article 96 du traité C.E.C.A., quoique apparemment impérative, n'a pas empêché les États membres de modifier les dispositions de ce traité avant l'expiration du délai imposé (35). Ainsi que l'a écrit à ce propos M. Wohlfarth (36), « les États membres sont demeurés plus forts que la Communauté qu'ils avaient créée ». Dans ces conditions, il est difficile de considérer les dispositions relatives à la procédure de révision comme autre chose qu'une simple directive adressée aux États membres, leur enjoignant de ne modifier les traités que sur l'avis des institutions communautaires, sans toutefois leur imposer cette obligation sous peine de nullité des amendements adoptés sans la respecter (37).

(33) Article 27 du traité C.E.C.A. ; article 146 du traité C.E.E. ; article 116 du traité Euratom.

(34) Ces avis peuvent toutefois avoir un certain poids politique ; il en sera particulièrement ainsi des avis de l'Assemblée lorsque celle-ci sera élue au suffrage universel direct.

(35) Cf. le traité du 27 octobre 1956 consécutif au traité franco-allemand sur la Sarre, la Convention du 25 mars 1957 relative à certaines institutions communes aux Communautés européennes, tous deux cités par P. De Visscher, *op. cit.*, p. 18, note 7.

(36) Europäisches Rechts – Von der Befugnis der Organe der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zur Rechtsetzung, *Jahrbuch für internationales Recht*, 1960, p. 29.

(37) Pour cette raison, nous ne pouvons nous rallier aux critiques formulées par M. Pescatore contre l'article 67, § 2 de l'Accord d'Association entre la C.E.E. et la Grèce du 9 juillet 1961, qui prévoit la possibilité de déférer les litiges relatifs à l'application de ses clauses à la Cour de justice des Communautés (P. Pescatore, cours précité, *R.C.A.D.I.*, 1961, t. II, p. 235, note 32). Certes, cette disposition modifie le traité C.E.E., puisqu'elle attribue des compétences nouvelles à la Cour ; cependant, l'Accord d'Association ayant été conclu non seulement par la Communauté et la Grèce, mais également par les six États membres, rien ne s'opposait, sur le plan théorique, à ce qu'un amendement aux dispositions du traité soit introduit par cette voie. Cf. dans notre sens : W. Alexander, « L'Association entre la Communauté économique européenne et la Grèce »,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - La nature juridique des Communautés européennes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

4. — Il nous reste à conclure. Nous espérons avoir démontré que le caractère supranational (38) des Communautés européennes ne permet pas, à lui seul, d'envisager les traités constitutifs comme échappant au droit des gens (39). Certes, du fait qu'il confère à des organes créés par traité le pouvoir de modifier la situation juridique des individus et qu'il habilite ceux-ci, de même que les institutions communes, à saisir directement la Cour de justice des différends relatifs à son interprétation et à son application, ce droit est pourvu de moyens d'action plus puissants et de garanties plus efficaces que celui qui naît habituellement des accords internationaux. Cela ne signifie toutefois pas qu'il cesse d'appartenir à l'ordre international. Il est parfaitement concevable que des États établissent entre eux et dans leurs rapports avec leurs ressortissants réciproques des relations plus intenses et plus étroites que celles qui résultent des traités internationaux classiques. Il se crée ainsi, au sein du droit international général, un « corps » distinct de règles présentant certaines particularités techniques (40). C'est le cas, dans une mesure plus ou moins importante, de toutes les organisations internationales, depuis les simples unions administratives jusqu'aux confédérations d'États et aux Communautés supranationales. Ces différences techniques ne suffisent pas, selon nous, à rendre ces ordres autonomes à l'égard de l'ordre international, tant que l'instrument qui conditionne leur validité demeure lui-même soumis au droit international général.

Il paraît toutefois probable qu'avec le temps, les caractères particuliers de l'ordre communautaire s'accentueront, au fur et à mesure que le sentiment de la solidarité existant entre les États membres s'affermira. L'extension, dans des domaines toujours plus importants, d'une réglementation commune, le développement de l'action unificatrice de la Cour de justice (41), l'élection, dans un avenir peut-être rapproché, du Parlement européen au suffrage universel direct, accroîtront l'autorité des institutions communes et renforceront leur autonomie, en fait comme en droit, à l'égard des États membres. Cependant, la voie suivie à l'heure actuelle par les gouvernements ne semble pas s'orienter dans cette direction : en effet, en s'arrogeant le droit de modifier de commun accord les dispositions des traités sans observer les procédures particulières qu'ils ont établies, ils accentuent la subordination de l'ordre communautaire et compromettent son évolution comme corps de règles indépendant de l'ordre international. Il ne deviendra possible d'envisager le droit des Communautés comme un

Revue hellénique de droit international, 1962, n° 6 ; *id.*, « De associatie van Griekenland met de E.E.G. », *Sociaal-economische Wetgeving*, 1962, p. 515.

(38) Cf. *supra*, note 4.

(39) Cf. *supra*, n° 1.

(40) Sur la notion de « corps » de règles particulières au sein du droit international, cf. P. Reuter, *Droit international public*, pp. 4 et 8.

(41) Sur le rôle du juge dans le développement d'un système juridique autonome et unifié, cf. A.M. Donner, « La justice, facteur d'unité et d'égalité du droit », *Journal des Tribunaux*, 1962, p. 649.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - La nature juridique des Communautés européennes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

système véritablement autonome qu'à partir du jour où les États membres accepteront de considérer que les procédures d'amendement prévues par les traités institutifs s'imposent à eux et qu'ils ne peuvent se dispenser de les respecter lorsqu'ils désirent modifier les dispositions de ces traités. La pratique actuellement suivie semble indiquer que ce jour est encore éloigné.

* * *

J'eus l'occasion de revenir sur ce thème dans la leçon inaugurale que je donnai en février 1964 à l'occasion de la création de la chaire de « Questions spéciales de droit institutionnel des organisations européennes » à laquelle je venais d'être nommé à la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles.

Regardant les choses avec le recul du temps, je crois pouvoir conclure qu'à l'aune du critère que je préconisais, on peut à juste titre parler aujourd'hui d'un « droit constitutionnel européen ». En effet, la procédure de révision prévue par les traités a régulièrement été suivie au cours des quarante dernières années. À cet égard, les États membres ne se considèrent visiblement plus comme en droit de réviser les traités sans respecter les procédures prévues.

« Peut-on parler d'un droit constitutionnel européen ? »,
Travaux et conférences de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles,
Editions de l'Institut de sociologie, 1964-II, pp. 75-82.

Le 17 octobre 1962, Monsieur Walter Hallstein, Président de la Commission de la Communauté économique européenne, proposait au Parlement européen réuni à Strasbourg, de modifier l'intitulé du débat qui allait s'amorcer au sujet du cinquième rapport d'activité de la Communauté, et de ne pas le consacrer aux « problèmes institutionnels » de la Communauté, mais de parler de ses « problèmes constitutionnels » (42).

Acceptant cette suggestion, le rapporteur Monsieur Deringer allait, lui aussi, qualifier de « constitutionnelles » les questions posées par le développement de la Communauté (43) ; dans la suite de son intervention, il se référa à plusieurs reprises à la notion de « droit constitutionnel » (44).

(42) Parlement européen, Débats, Compte rendu in extenso des séances, Sess. 1962-1963, nº 59, p. 106 et suiv., séance du mercredi 17 octobre 1962.
(43) *Ibid.*, p. 116 et suiv.
(44) *Ibid.*, p. 118-119.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - La nature juridique des Communautés européennes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Peut-on, d'ores et déjà, parler d'un droit constitutionnel européen ? C'est à cette question que je me propose de consacrer la présente leçon introductive.

Certes, chaque fois qu'un système institutionnel, quel qu'il soit, est régi par des principes juridiques qui déterminent les modalités de son organisation et de son fonctionnement, on peut estimer qu'on se trouve en présence d'une constitution au sens large. Ainsi, la Charte des Nations Unies a souvent été appelée, avec raison, la constitution de l'organisation : tout comme une constitution de droit interne, elle définit les compétences respectives des organes, elle leur assigne diverses tâches et précise les modalités conformément auxquelles ces organes peuvent agir pour atteindre les objectifs fixés. Dans le même ordre d'idées, signalons que les textes de base de nombreuses institutions internationales spécialisées s'intitulent eux-mêmes « constitution » : il en est ainsi de l'Organisation internationale du travail, de l'Organisation mondiale de la santé, de l'U.N.E.S.C.O. et de l'Organisation pour l'Alimentation et l'Agriculture.

D'aucuns sont allés plus loin dans cette voie et, constatant qu'une constitution ne doit pas nécessairement consister en un document écrit, ont pu parler, avec le Professeur Monaco, d'une « constitution de la société internationale », laquelle comprendrait les principes fondamentaux de droit des gens coutumier sur lesquels repose l'ordonnancement interétatique (45).

Est-ce dans cette acception que le Président Hallstein s'est servi du mot « constitution » ? Entendait-il uniquement signifier par là que la Communauté économique européenne est régie par les dispositions du Traité de Rome, que ce traité constitue le cadre à l'intérieur duquel doit nécessairement s'insérer l'activité des institutions communautaires, tout comme la vie de la communauté internationale se déroule dans les conditions prévues par les principes de base du droit international ?

Certes non. Il est plus vraisemblable que le Président de la Commission de la C.E.E. a utilisé le mot « droit constitutionnel » en vue de souligner, d'une manière frappante, l'analogie qui existe entre les Communautés européennes et les États fédéraux. Les traités instituant les Communautés pourraient être assimilés, ou tout au moins comparés, à une constitution fédérale. Ainsi, le recours à la notion de constitution permettrait de mettre en évidence ce qui sépare les Communautés des organisations internationales classiques, et ce qui les rapproche des structures étatiques internes.

Il est indéniable que les Communautés européennes — de même, d'ailleurs, que d'autres organisations régionales européennes [nous pensons surtout au système de garantie juridictionnelle des droits de

(45) R. Monaco, *Manuale di diritto internazionale*, Padoue, 1960, n° 7 et 8.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - La nature juridique des Communautés européennes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'homme établi dans le cadre du Conseil de l'Europe par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (46)] — présentent certaines analogies avec les États fédéraux. L'existence d'une assemblée parlementaire, composée des représentants des peuples des États membres (47) et dotée de pouvoirs qui, quoique limités, n'en sont pas moins réels (48) ; d'un Conseil qui, par sa composition et par les compétences législatives étendues qui lui sont conférées (49), ne va pas sans présenter d'analogie avec le Sénat d'un État fédéral (50) ; d'organes exécutifs indépendants, tels la Haute Autorité de la C.E.C.A. (51) ou les Commissions instituées par les Traités de Rome, disposant d'un pouvoir propre d'initiative et de décision (52), d'une Cour de Justice, enfin, à laquelle les particuliers peuvent s'adresser directement, de même que les États membres et les autres institutions communautaires, en vue de faire trancher les différends relatifs à l'interprétation du droit communautaire, et de faire sanctionner la violation des dispositions des traités ou de toute règle de droit relative à leur application (53) — tout ceci offre une similitude frappante avec les structures constitutionnelles des États fédéraux (54). Cette similitude n'est d'ailleurs pas l'effet du hasard, et il n'est nul besoin de rappeler que, comme en témoignent les préambules des traités eux-mêmes, le but des États contractants était de réaliser progressivement entre eux les bases d'une union plus étroite en vue de la création d'une Europe fédérale.

Cette ressemblance est-elle suffisante pour que l'on puisse parler d'un droit « constitutionnel » au sens où on entend ce mot dans l'ordre interne ? C'est ce que nous allons nous efforcer de rechercher à présent.

En premier lieu, nous nous demanderons quel est le propre d'une constitution, par opposition avec un traité donnant naissance à une organisation internationale.

Ensuite, nous analyserons les dispositions des traités instituant les Communautés qui présentent, à première vue, un caractère constitutionnel au sens que nous aurons dégagé.

---

(46) Convention signée à Rome le 4 novembre 1950, et Protocole additionnel signé à Paris le 20 mars 1952.

(47) Traité C.E.C.A., art. 20 ; traité C.E.E., art. 137 ; traité Euratom, art. 107.

(48) Traité C.E.C.A., art. 24 ; traité C.E.E., art. 144 ; traité Euratom, art. 114.

(49) Traité C.E.C.A., art. 26 et suiv. ; traité C.E.E., art. 145 et suiv. ; traité Euratom, art. 115 et suiv.

(50) N. Catalano, *Manuel de droit des Communautés européennes*, Paris, 1962, p. 55.

(51) Traité C.E.C.A., art. 8 et suiv.

(52) Traité C.E.E., art. 155 et suiv. ; traité Euratom, art. 124 et suiv.

(53) Traité C.E.C.A., art. 31 et suiv. ; traité C.E.E., art. 164 et suiv. ; traité Euratom, art. 136 et suiv.

(54) Fr. Münch, *Prolégomènes à une théorie constitutionnelle des Communautés europ.*, Rivista di diritto europeo, 1961, p. 127.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - La nature juridique des Communautés européennes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Enfin, nous examinerons dans quelle mesure la pratique suivie par les États et par les institutions communautaires confirme la nature réellement constitutionnelle des traités, ou dans quelle mesure, au contraire, elle aboutit en fait à la leur dénier.

* * *

Commençons donc par nous interroger quant aux critères qui différencient une constitution d'un traité instituant une organisation internationale. Ces critères ne sont pas purement formels : il est arrivé, en effet, que des États qui désiraient établir entre eux une fédération, aient conclu à cet effet un traité par lequel ils abandonnaient leurs souverainetés respectives au profit de l'entité nouvelle à créer : la fédération (55). Dans ce cas, l'acte juridique par lequel ils effectuent ce transfert consiste, au départ, en un traité international ; cependant, dès son exécution, dès la création de l'être juridique nouveau — la fédération — auquel il a pour objet de donner naissance, il perd son caractère de traité international (bien qu'il en garde l'apparence formelle) et cesse d'être soumis au droit des gens (56).

Par conséquent, nous ne pouvons pas nous contenter de relever que les Communautés ont été créées par des traités internationaux pour nier la nature constitutionnelle du droit qui régit leur organisation et leur fonctionnement.

En réalité, la distinction fondamentale entre constitution et traité international tient à la procédure qui doit être mise en œuvre pour pouvoir, régulièrement, modifier ou abroger l'une ou l'autre. Dans le cas d'un traité, le consentement unanime des États qui y sont parties est toujours suffisant (57) ; parfois, en vertu d'une disposition expresse du traité, l'unanimité n'est pas nécessaire et l'amendement pourra entrer en vigueur moyennant une procédure simplifiée (acceptation par une majorité des deux-tiers des États contractants, adoption suite à une résolution d'un organe de l'institution à laquelle le traité a donné naissance) ; toutefois, ceci n'infirme en rien le principe selon lequel le traité — y compris les dispositions mêmes qui prévoient une procédure de révision simplifiée — peut à tout moment être modifié ou même abrogé par un accord en sens contraire conclu par les États contractants. Dans un système fédéral, au contraire, le pouvoir d'amendement n'est pas l'apanage

(55) Ainsi c'est par traité international que s'est constitué l'Empire allemand en 1870-1871 Cp. R. Bindschedler, *Rechtsfragen der europäischen Einigung*, Bâle, 1954, p. 24.

(56) Cf. R. Bindschedler, *op. cit.*, p. 23.

(57) L. Oppenheim et H. Lauterpacht, *International Law*, 8e éd., Londres, 1963, p. 937 ; P. Reuter, *Institutions internationales*, 4e éd., Paris, 1963, p. 97 ; L. Cavaré, *Le droit international public positif*, 2e éd., Paris, 1962, t. II, p. 167.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - La nature juridique des Communautés européennes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

des États fédérés, même agissant à l'unanimité ; la collaboration, sous une forme ou une autre, des organes fédéraux est toujours prévue (58), généralement renforcée, en régime démocratique, d'une consultation du corps électoral. Sans cette participation fédérale, réalisée dans les conditions prescrites par la loi fondamentale elle-même, aucune modification des dispositions constitutionnelles n'est possible : on n'imaginerait pas les gouverneurs des états composant les États-Unis d'Amérique ou les présidents des Länder d'Allemagne fédérale se mettre d'accord pour amender la constitution de ces fédérations.

* * *

Ayant ainsi mis en lumière la distinction entre traité international et constitution fédérale, et ayant montré que cette distinction réside essentiellement dans les modalités suivant lesquelles l'un et l'autre peuvent être modifiés ou abrogés, il convient d'examiner maintenant si les conditions auxquelles les traités instituant les Communautés subordonnent la possibilité de les réviser, présentent un caractère constitutionnel.

À première vue, il en est bien ainsi. Les trois traités exigent l'intervention du Conseil, sous la forme d'un avis favorable quant à la recevabilité de la proposition d'amendement ; tous trois disposent que la conférence intergouvernementale, chargée d'arrêter d'un commun accord le texte des modifications à apporter, sera convoquée par le Président du Conseil (59). En outre, les traités de Rome prévoient la consultation obligatoire de la Commission (60) et de l'Assemblée au sujet de la proposition d'amendement. Toutefois, la décision finale demeure du ressort des États membres : ce sont les représentants de leurs gouvernements qui établissent le texte définitif de l'amendement ; celui-ci doit encore, avant d'entrer en vigueur, faire l'objet d'une procédure de ratification dans tous les États membres conformément à leurs dispositions constitutionnelles respectives (61).

On peut donc dire que l'on se trouve devant une tentative, relativement timide d'ailleurs, de faire participer les institutions communautaires à la procédure de révision des traités. Tentative timide, disons-nous, puisque l'intervention communautaire revêt un caractère purement consultatif, le

(58) Voir par exemple la Constitution des États-Unis, art. V ; Constitution helvétique, art. 118 et suiv. ; Constitution de la République fédérale allemande, art. 79 ; Constitution de l'U.R.S.S., art. 146.

(59) Art. 96 du Traité C.E.C.A. ; art. 236 du Traité C.E.E. ; art. 204 du Traité.

(60) Sauf bien entendu, lorsque la proposition d'amendement émane de celle-ci. Cela résulte des mots « le cas échéant » à l'alinéa 2 des art. 236 Traité C.E.E. et 204 Traité Euratom.

(61) Article 96, al. 2 du Traité C.E.C.A. ; art. 236, al. 2 du Traité C.E.E. ; art. 204, al. 2 du Traité Euratom.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - La nature juridique des Communautés européennes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

pouvoir de décision demeurant auprès des États membres (62). Tentative intéressante, toutefois, puisqu'elle permet aux institutions des Communautés de faire entendre leur voix, de donner un avis qui jouira nécessairement d'une autorité considérable, et de paver ainsi la voie d'une évolution coutumière au terme de laquelle elles auront un rôle plus actif à jouer.

* * *

Toutefois, avant de se hasarder à prédire l'avenir, il est nécessaire d'examiner la pratique actuellement suivie.

Les États ont-ils accepté de se laisser enfermer dans le cadre qu'ils s'étaient tracé eux-mêmes ? Ont-ils, chaque fois qu'ils estimaient qu'une modification devait être apportée au fonctionnement des traités, suivi la procédure de révision prévue ?

Ce n'est qu'à cette condition que l'on pourrait parler d'un système constitutionnel s'imposant à eux, tout comme la constitution d'un État fédéral s'impose aux entités qui le composent. Si, au contraire, nous constatons que les États membres s'estiment, encore aujourd'hui, en droit de modifier les dispositions des traités instituant les Communautés, par la conclusion d'un accord nouveau, sans respecter les formes spéciales prescrites pour la révision des traités, nous devrons constater que nous nous trouvons en présence de traités internationaux au sens classique, susceptibles d'être modifiés conformément aux règles du droit des gens par les États qui les ont ratifiés.

Un examen de la pratique suivie montre que les États n'ont pas toujours considéré que les dispositions particulières prévues par les traités de Paris et de Rome en matière de révision les privaient de la faculté de modifier ceux-ci conformément aux principes du droit international commun. Ainsi, nonobstant le texte formel de l'article 96, qui ne permet de présenter des propositions d'amendement qu'après l'expiration de la période de transition, le traité C.E.C.A. a été modifié à deux reprises pendant la période de transition : en premier lieu, par le traité franco-allemand du 27 octobre 1956 consécutif au rattachement de la

(62) Il est vrai que l'article 95, al. 3 et 4, du Traité C.E.C.A. permet aux institutions de la communauté d'apporter, indépendamment de toute intervention des États membres, des adaptations aux dispositions du traité. Toutefois, cette disposition, qui peut elle-même être modifiée par les États membres conformément à l'art. 96, ne limite pas le droit pour eux d'adopter des amendements ; elle ne fait qu'instituer une procédure complémentaire pouvant être utilisée par les institutions, et dont la portée est au demeurant fort limitée : il ne peut être porté atteinte ni aux dispositions des art. 2, 3 et 4 du traité ni au rapport des pouvoirs respectivement attribués à la Haute Autorité et aux autres institutions de la Communauté.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - La nature juridique des Communautés européennes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Sarre à l'Allemagne (63) ; ensuite, par la Convention relative à certaines institutions communes, signée à Rome le 25 mars 1957 en même temps que les traités instituant la C.E.E. et l'Euratom (64). En aucune de ces deux occasions, la procédure prévue par le traité (avis du Conseil, convocation de la conférence de révision par le Président du Conseil) n'a été suivie. Ce qui n'empêche que la validité des modifications qui ont ainsi été apportées au fonctionnement des institutions n'a jamais été mise en cause.

Le traité instituant la C.E.E. subira-t-il le même sort ? On a pu le craindre : en effet, l'article 67, § 2, de l'Accord d'Association entre la Communauté et la Grèce attribue à la Cour de Justice des compétences qui ne sont prévues ni par le traité ni par le statut de la Cour, concernant les différends pouvant naître entre la Communauté et la Grèce relatifs à l'application et l'interprétation de l'Accord. Cette disposition a été critiquée par le Professeur Pescatore, pour le motif qu'elle aboutit en fait à modifier le traité de Rome sans respecter les conditions de l'article 236 (65) ; cependant, l'Accord d'Association ayant été ratifié par chacun des États membres, ainsi que par la Grèce, conformément à leurs procédures constitutionnelles respectives, la validité de l'article 67 § 2, ne paraît pas pouvoir être mise en question.

Ainsi apparaît-il que, loin de considérer les procédures particulières d'amendement prévues par les traités comme obligatoires, à peine de nullité, les États membres n'ont pas toujours hésité à recourir à la technique plus simple et plus expéditive de la conclusion d'un accord modificatif nouveau. Comme l'a dit en termes excellents le Dr. Wohlfarth, les États sont demeurés les maîtres des Communautés (66) ; ils demeurent libres de modifier les traités et pourraient même y mettre fin, à condition d'agir d'un commun accord.

C'est là une attitude que d'aucuns regretteront. À un partisan d'une Europe fédérale, il paraîtra choquant que les États traitent les Communautés comme leur « chose » et qu'ils s'arrogent le droit d'en changer l'aspect et le contenu, sans donner l'occasion aux institutions communautaires de faire entendre leur voix comme elles y sont autorisées. Mais

(63) Les articles 1 et 9 de cette Convention modifient les pondérations prévues par l'article 28, alinéa 5, du Traité C.E.C.A. pour le vote des États au Conseil. Ce traité a été ratifié par tous les États membres de la C.E.C.A., le dernier instrument de ratification ayant été déposé auprès du gouvernement de la République française le 9 octobre 1958 (voy. G. Pasetti et A. Trabucchi, *Code des Communautés européennes*, Milan, 1962, t. I. p. 15).

(64) Cette convention modifie les dispositions du Traité C.E.C.A. relatives à la composition et au fonctionnement de l'Assemblée et de la Cour.

(65) P. Pescatore, *Les relations extérieures des Communautés européennes*, *R.C.A.D.I.*, 1961, t. II, p. 235, et la note 32.

(66) E. Wohlfarth, « Europäisches Rechts – Von der Befugnis der Organe der E.W.G. zur Rechtsetzung », *Jahrbuch für Internationales Rechts*, 1960, p. 29.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - La nature juridique des Communautés européennes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

je crois qu'il est utile de regarder la réalité en face, et de reconnaître que le droit communautaire n'a pas encore acquis, à l'égard des États membres, cette autonomie sans laquelle il ne peut, à proprement parler, mériter le qualificatif de constitutionnel. Certes, la vie des Communautés en est encore à ses débuts, elle est appelée à se développer (67) ; il n'est par conséquent pas possible d'émettre aujourd'hui un jugement pour l'avenir (68) : toutefois, tout observateur attentif de la réalité est obligé de constater que, dans les circonstances actuelles, il n'est pas encore possible de parler d'un droit constitutionnel européen, si ce n'est en donnant à cette expression une signification large et en ne s'en servant qu'à titre d'analogie.

* * *

(67) J. Rey, « Les juristes et le marché commun », *Journal des Tribunaux*, 1961, 587.

(68) Il convient d'observer que depuis peu, une évolution favorable se dessine en ce qui concerne la procédure suivie pour la révision des traités.

Ainsi, le texte de la Convention portant révision du traité C.E.E., en vue de rendre applicable aux Antilles néerlandaises le régime spécial d'association défini dans la quatrième partie du traité, a été arrêté après consultation du Parlement européen et de la Commission, conformément à l'article 236. Si nos informations sont exactes, on se propose de suivre la même voie pour la réalisation de la fusion des institutions des trois Communautés.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - La nature juridique des Communautés européennes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

2. *L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire*

Dès 1961 je m'étais intéressé à l'étude des effets que les juridictions des pays de la Communauté sont prêtes à reconnaître aux traités internationaux dans leurs ordres juridiques internes. J'avais en effet formé le projet de consacrer une thèse d'agrégation à ce sujet (69).

À cette occasion, j'avais constaté que, dans tous les pays étudiés, les tribunaux se montrent beaucoup plus disposés à reconnaître l'efficacité interne des traités que ce que la doctrine affirme généralement.

(69) Cet ouvrage ne verra pas le jour sous forme de thèse d'agrégation, étant donné que j'avais été nommé dans le corps enseignant entretemps. Il sera publié en 1969 sous le titre *Traités internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché commun* par le Centre interuniversitaire de droit comparé et les éditions A. Pédone.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

« Le problème de l'applicabilité directe »,
Traités internationaux et juridictions et juridictions internes dans les pays du marché commun,
Bruxelles, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1969, pp. 161-188.

INTRODUCTION

150. Même valable en droit international et ayant fait l'objet des formalités constitutionnelles destinées à lui donner effet interne, le traité ne sera pas nécessairement applicable par les tribunaux. Destiné au premier chef à régir les relations entre États, il se peut que ses dispositions, ou certaines d'entre elles, n'aient pas pour objet d'engendrer des effets internes, ou que ce but ne puisse être réalisé qu'après l'adoption de mesures de complément par les États contractants.

Il s'agit du problème de l'applicabilité directe ou effet « self-executing ». Ce problème est connu depuis longtemps en droit américain : c'est en 1829 qu'il a été exposé pour la première fois par le Chief Justice Marshall dans les termes suivants :

> « Our Constitution declares a treaty to be the law of the land. It is, consequently, to be regarded in courts of justice as equivalent to an act of the legislature, whenever it operates of itself without the aid of any legislative provision. But when the terms of the stipulation import a contract, when either of the parties engages to perform a particular act, the treaty addresses itself to the political, not the judicial department ; and the legislature must execute the contract before it can become a rule for the court » (70).

En Europe également, les auteurs et les tribunaux reconnaissent que certaines dispositions conventionnelles ne se prêtent pas à être appliquées par les tribunaux (71) ; toutefois, ce n'est que récemment que des tentatives de définir la notion d'applicabilité directe ont été entreprises. Nous exposerons, dans la première section de ce chapitre, les résultats auxquels ces recherches doctrinales ont abouti. Dans la seconde section,

(70) « Foster and Elam v. Neilson », Cour suprême des États-Unis, 1829, 2 Peters (U.S.) 253.

(71) En plus des auteurs qui seront mentionnés dans la suite de l'exposé, voy. : H Mosler, « L'application du droit international public par les tribunaux nationaux », *R.C.A.D.I.*, 1957, I, 663 ; N. Valticos, « Conventions internationales du travail et droit interne », *R.C.D.I.P.*, 1955, p. 265 et suiv. ; F. Morgenstern, « Judicial Practice and the Supremacy of International Law », *B.Y.I.L.*, 1950, p. 66 ; P.-F. Smets, *op. cit.*, p. 79 ; D.H.M. Meuwissen, « Enige opmerkingen over de plaats van het internationaal recht in de nationale rechtsorde », *N.J.B.*, 1965, 60 et 61 ; P. Pescatore, *Conclusion et effets*, p. 94 et 95 ; E. Stein, « When is an International Agreement " self-executing " in American Law ? Report prepared for the Sixth International Congress of Comparative Law, 1962 », in : E. Stein and P. Hay, *Cases and Materials on the Law and Institutions of the Atlantic Area*, p. 12 ; A.P. Sereni, *Diritto internazionale*, vol. Ier, p. 230 ; M. Gaudet, « Le marché commun devant les juges », *A.D.S.P.*, 1961, 138 ; W. Pigorsch, *op. cit.*, p. 82 et 83 ; Th. Maunz et G. Dürig, *op. cit.*, art. 59, anm. 26.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

nous analyserons la jurisprudence des six pays et verrons dans quelle mesure elle concorde avec les vues exprimées par les auteurs. Enfin, il nous faudra dire quelques mots de certaines tendances récentes qui se sont fait jour aux Pays-Bas et en Belgique, et qui tendent à restreindre dans une mesure considérable l'applicabilité directe des traités. Ce sera l'objet de la troisième section.

SECTION Ire. — LES CONCEPTIONS DOCTRINALES

151. Il apparaît des travaux récents de la doctrine que la notion d'applicabilité directe est comprise de diverses façons. Selon les uns, le traité est « self-executing » lorsqu'il est susceptible de sortir ses effets dans l'ordre interne sans mesure législative complémentaire ; il en est ainsi non seulement lorsqu'il peut être appliqué directement par le juge, mais aussi lorsqu'il s'adresse au pouvoir exécutif et fait naître des droits ou des obligations pour celui-ci (72). Cette conception met l'accent sur la possibilité pour le traité de produire des effets juridiques internes, sans s'attacher au problème de savoir si ces effets concernent directement les individus.

Pour d'autres — et ils constituent la majorité — l'accord directement applicable est celui qui donne naissance par lui-même à des droits ou à des obligations dans le chef des justiciables (73). Cette opinion se fonde sur l'avis consultatif n° 15, du 3 mars 1928, de la Cour permanente de justice internationale, concernant la compétence des tribunaux de Danzig, où la Cour a reconnu « que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des Parties contractantes, (peut) être l'adoption,

(72) F.J.M. Duynstee, *Het staatsrecht der buitenlandse betrekkingen*, p. 88 et 89 ; A.J.P. Tammes, « "Een ieder verbindende" verdragsbepalingen », *N.J.B.*, 1962, 95 ; B.V.A. Röling, note sous H.R., 28 novembre 1961, *N.J.*, 1962, n° 90 ; voy. aussi aux États-Unis : A.E. Evans, « Self-Executing Treaties in the United States of America », *B.Y.I.L.*, 1953, p. 185.

(73) F. Mûuls, article cité, *R.D.I.L.C.*, 1934, 482 ; H. Kraus, « Der deutsche Richter und das Völkerrecht », in : *Festschrift* Laun, p. 228 ; P. De Visscher, cours cité, *R.C.A.D.I.*, 1952, I, p. 559 et 560 ; *R.P.D.B.*, v° *Traités internationaux*, n° 299 ; J. Masquelin, articles cités, *A.D.S.P.*, 1953, t. XIII, n° 52, p. 148 et 149, et 1955, t. XV, n° 1, p. 4 et suiv. ; F. Dumon et F. Rigaux, *op. cit.*, p. 15 ; A. Jacomet, « Rapport français sur le problème des dispositions directement applicables (*self executing*) des traités internationaux, et son application aux traités instituant les Communautés européennes », in : *2e Colloque international de droit européen*, p. 236 ; P. Pescatore, « Rapport luxembourgeois », *ibid.*, p. 140 ; F. Rigaux, « Rapport belge », *ibid.*, p. 161 ; Th. Buergenthal, « The Effect of the European Convention on Human Rights on the Internal Law of Member States », in : *The European Convention on Human Rights*, p. 80 et 81 ; M. Sørensen, « Die Verpflichtungen eines Staates im Bereich seiner nationalen Rechtsordnung auf Grund eines Staatsvertrags », in : *Menschenrechte im Staatsrecht und im Völkerrecht*, p. 24 et suiv.

Voy. dans la jurisprudence : R.G., 18 juin 1927, *R.G.Z.*, 117, 284 ; C.E. (France) (Ass.), 3 février 1956, « Pétalas », *J.C.P.*, 1956, II, 9184 ; H.R., 28 novembre 1961, *N.J.*, 1962, n° 90, note B.V.A.R. ; Cour de Justice des Communautés européennes, 5 février 1963, aff. 26/63, « Van Gend en Loos », *Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice*, IX, p. 23 et 24 ; 15 juillet 1964, aff. 6/64, « Costa c/ E.N.E.L. », *Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice*, X, p. 1162 à 1164.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

par les Parties, de règles déterminées, *créant des droits et obligations pour les individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux* » (74). Certains en ont déduit que lorsque l'objet de l'accord n'est pas de conférer des droits ou d'imposer des obligations aux particuliers, les tribunaux n'ont pas à en connaître (75).

152. Il se peut qu'un traité s'adressant directement aux individus ne puisse pas être appliqué par le juge aussi longtemps que des mesures d'exécution ne sont pas prises par l'État dont il relève : ces mesures peuvent comprendre, entre autres, la désignation des autorités chargées de l'accomplissement de certaines tâches, l'institution de délais ou de formalités auxquels l'octroi des avantages stipulés en faveur des particuliers est subordonné, etc. Peut-on soutenir, en pareille hypothèse, que ce traité est « directement applicable » ? Certains le nient, et estiment qu'il ne suffit pas que les parties contractantes aient eu l'intention de faire naître des droits et des obligations directement dans le chef des personnes privées ; il faut en outre que les institutions de l'État signataire permettent l'application immédiate (76). Dans ces conditions, un accord peut parfaitement être directement applicable dans un pays donné, et pas dans un autre (77). Pour d'autres, au contraire, le fait que des mesures d'exécution complémentaires soient nécessaires pour que le traité puisse être invoqué par les particuliers ne porte pas atteinte à son caractère « immédiatement applicable » : c'est une simple condition suspensive de l'applicabilité de la disposition et de sa jouissance par le destinataire (78).

153. Pour la doctrine, la question de savoir si le traité a donné naissance à des droits ou à des obligations pour les ressortissants de l'ordre interne doit être résolue en recherchant quelle a été l'intention des parties à ce sujet (79). En effet, les États sont libres de donner aux traités qu'ils concluent soit le caractère d'une obligation qui les engage mutuelle-

(74) C.P.J.I., *Publications*, Série B, n° 15, p. 17 et 18.

(75) F. Mûuls, article cité, p. 482 à 486 ; *R.P.D.B.*, v° *Traités internationaux*, n° 299 ; J. Masquelin, articles cités, *A.D.S.P.*, 1953, t. XIII, n° 52, p. 148 et 149, et 1955, t. XV, n° 1, p. 7 ; F.J.M. Duynstee, article cité, p. 89 ; F. Rigaux, « Rapport belge au 2e Colloque international de droit européen », n° 11, p. 170 ; M. Sørensen, *op. cit.*, p. 25 et 26.

(76) Ph. Comte, « L'application de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique interne », *Revue de la Commission internationale de juristes*, 1962, t. IV, n° 1, p. 114.

(77) Ph. Comte, article cité, p. 115 ; M. Sørensen, *op. cit.*, p. 29.

(78) F. Rigaux, rapport cité, n° 6, p. 165. Voy. aussi : F. Dumon, « L'afflux européen dans les droits et les institutions des États membres des Communautés européennes », *Cahiers de droit européen*, 1965, p. 26.

(79) F. Mûuls, article cité ; *R.D.I.L.C.*, 1934, 485 et 486 ; Ph. Comte, article cité, p. 114 ; A.J.P. Tammes, article cité, p. 95 ; A. Jacomet, rapport cité, p. 242 ; P. Pescatore, rapport cité, p. 157 ; F. Rigaux, rapport cité, n° 7, p. 166 ; Th. Buergenthal, article cité, p. 81 ; W.J. Ganshof van der Meersch, *Organisations européennes*, t. Ier, p. 349 et 350.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ment, dans leurs relations réciproques, soit celui d'une norme juridique qui non seulement les lie, mais encore s'applique directement sur leurs territoires nationaux (80).

Ici surgit un problème délicat : si l'intention de rendre le traité directement applicable n'a pas été clairement exprimée, faut-il admettre l'existence d'une présomption en ce sens ? La majorité de la doctrine répond par la négative, tout au moins en ce qui concerne les traités internationaux de type classique ; ce n'est que dans le cas des traités établissant des relations étroitement intégrées unissant non seulement les États mais également les particuliers (tels les traités instituant les Communautés européennes) qu'une présomption en faveur de l'applicabilité directe existe, selon ces auteurs (81). Ils invoquent l'avis déjà cité de la Cour permanente de justice internationale, et surtout le passage où il est affirmé « que, selon un principe de droit international bien établi, le *Beamtenabkommen*, accord international, ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers ». Ce ne serait qu'à titre exceptionnel, notamment lorsque l'intention des États signataires est clairement démontrée, qu'on pourrait admettre « que l'objet même d'un accord international ... puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour les individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux » (82). Par cet avis, la Cour se serait écartée des conceptions dualistes précédemment acceptées, mais elle l'aurait fait prudemment, en admettant l'applicabilité immédiate d'accords internationaux uniquement lorsque cela résulte explicitement de la volonté des parties (83).

Pour une minorité, cependant, il n'existe aucune présomption à l'encontre de l'applicabilité directe. Chaque fois que l'accord se prête à être appliqué, le juge devrait en tenir compte à l'occasion de la décision qu'il est appelé à rendre, sans qu'il faille démontrer que telle était bien l'in-

(80) P. Pescatore, rapport cité, p. 143.

(81) P. De Visscher, cours cité, *R.C.A.D.I.*, 1952, I, p. 559 et 560 ; F. Rigaux, Note sous Cour de Justice des Communautés, 5 février 1963, *J.T.*, 1963, 190 ; *id.*, rapport cité, n°s 7 et suiv., p. 166 et 184 et suiv. ; A. Jacomet, rapport cité, p. 253 ; E. Suy, *Les rapports entre le droit communautaire et le droit interne des États membres*, p. 15 à 17 ; E. Bülow, « Das Verhältnis des Rechts der Europäischen Gemeinschaften zum nationalen Recht », in : *Aktuelle Fragen des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1965, p. 45 ; H.G. Schermers, *Problemen van bovennationaal bestuur*, p. 12 ; P. Foriers, « Les antinomies entre dispositions de droit communautaire et dispositions de droit interne », in : *Les antinomies en droit*, p. 325.

(82) Avis consultatif n° 15 du 3 mars 1928, C.P.J.I., *Publications*, Série B, n° 15, p. 17 et 18.

(83) M. Sibert, « De l'effet des traités vis-à-vis des individus », in : *Mélanges* E. Mahaim, t. II, p. 332 et suiv. ; P. Chailley, *La nature juridique des traités internationaux*, p. 282 ; Ch. Rousseau, *Principes*, n° 276 ; *id.*, *Droit international public*, 3e éd., n° 63 ; L. Oppenheim et H. Lauterpacht, *International Law*, 8e éd., p. 924 ; P. De Visscher, cours cité, *R.C.A.D.I.*, 1952, I, p. 559 et 560 ; A. Jacomet, rapport cité, p. 242 ; Ph. Comte, article cité, *Revue de la Commission internationale de juristes*, 1962, p. 113 ; P.H. Teitgen, *L'application du droit communautaire par les juridictions françaises*, p. 18.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tention des parties. D'après le procureur général près le Hoge Raad des Pays-Bas, Mr. Langemeijer (84), on ne saurait s'arrêter au critère de l'intention, car le plus souvent les auteurs du traité ont voulu atteindre un *résultat* donné — à savoir que le traité soit appliqué — sans se soucier des *moyens* suivis sur le plan interne pour y arriver ; généralement, ils ne se sont même pas posé le problème de savoir si le traité devait être appliqué directement ou seulement à la suite d'une intervention législative complémentaire (85).

154. En plus de l'intention — expresse ou présumée — des auteurs du traité, la doctrine exige généralement que la disposition en cause soit libellée en termes suffisamment *précis* pour pouvoir faire l'objet d'une application juridictionnelle. Lorsque les termes sont vagues et généraux, le juge risque de ne pas s'estimer en mesure de leur donner effet aussi longtemps qu'ils n'ont pas fait l'objet d'une définition par le législateur (86).

De même, on considère que la disposition doit être *complète*, et se suffire à elle-même ; si elle renvoie à des mesures d'exécution à prendre à l'échelle nationale, les tribunaux ne peuvent l'appliquer tant que lesdites mesures n'interviennent pas (87). Ceci est admis implicitement par les auteurs qui considèrent que l'applicabilité directe n'est pas affectée par le fait que des mesures d'exécution nationales puissent être nécessaires (88) : ils reconnaissent, en effet, qu'en pareille hypothèse, l'applicabilité directe est « suspendue » aussi longtemps que les mesures complémentaires n'ont pas été adoptées (89).

---

(84) Conclusions avant l'arrêt du 1er juin 1956, *N.J.*, 1958, n° 424.

(85) Voy. dans le même sens : P. Pescatore, rapport précité, p. 151, 155 et 156 ; A.J.P. Tammes, article cité, *N.J.B.*, 1962, p. 96 ; P. Eeckman, « Actes de confusion, contrefaçons de marques et l'article 10*bis* de la Convention d'Union de Paris », *Ing.-Cons.*, 1964, p. 113 et 114.

Parfois, cependant, l'intention de conférer directement des droits aux individus apparaît clairement des travaux préparatoires : c'est le cas, notamment, pour la Convention européenne des droits de l'homme (voy. notamment Th. Buergenthal, article cité, p. 81 et 82). Mais c'est là chose assez exceptionnelle.

(86) P. Reuter, *Droit international public*, p. 18 ; P. Pescatore, « Principes fondamentaux concernant la conclusion des traités », *Pas. lux.*, t. XV, p. 106 ; H. Mosler, cours cité, *R.C.A.D.I.*, 1957, I, p. 663 et 664 ; C. Fabozzi, *op. cit.*, p. 121 ; A.J.P. Tammes, article cité, *N.J.B.*, 1962, p. 94 ; M. Sørensen, *op. cit.*, p. 29 ; W.J. Ganshof van der Meersch, *op. cit.*, p. 351.

(87) P. Reuter, *op. cit.*, *ibid.* ; P. Pescatore, article cité, *Pas. lux.*, t. XV, p. 106 ; H. Mosler, cours cité, *ibid.* ; N. Valticos, « Conventions internationales du travail et droit interne », *R.C.D.I.P.*, 1955, p. 265 et suiv. ; Ph. Comte, article cité, *Rev. de la Commiss. int. de juristes*, 1962, p. 114 ; E. Stein, rapport cité, in : E. Stein et P. Hay, *Cases and Materials on the Law and Institutions of the Atlantic Area*, p. 15 ; M. Gaudet, « Le marché commun devant les juges », *A.D.S.P.*, 1961, 138 ; A.J.P. Tammes, article cité, *ibid.* ; W.J. Ganshof van der Meersch, *op. cit.*, *ibid.*

(88) Voy. *supra*, n° 152.

(89) Voy. sur ce point : F. Rigaux, rapport cité, n° 6, p. 165 ; de même A.J.P. Tammes distingue la « *toepasbaarheid* » — qui est fonction du degré d'adaptation de l'ordre interne au contenu des stipulations de l'accord — et la « *toepasselijkheid* », qui dépend de l'intention qu'ont eu les parties contractantes de permettre aux individus d'invoquer les dispositions qu'elles arrêtaient (cf. article cité, *N.J.B.*, 1962, p. 94 et 95).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

155. Lorsque le traité n'est pas destiné à une application interne, mais règle uniquement les rapports juridiques internationaux, la plupart des auteurs considèrent qu'il est totalement dénué de relevance pour les juridictions nationales. Certains reconnaissent pourtant que le juge saisi pourra être amené à tenir compte des effets produits par le traité sur le plan international lorsque la situation ainsi créée est de nature à exercer une incidence sur la solution d'un litige entre individus : ainsi, dans un différend relatif à la nationalité d'un sujet privé, l'interprétation d'un traité territorial pourra s'avérer déterminante (90). Toutefois, il ne s'agit pas là d'application au sens strict, mais de la reconnaissance donnée, par le magistrat interne, aux conséquences produites par le traité dans la sphère internationale (91).

156. Là s'arrêtent généralement les efforts de la doctrine. Nous rechercherons, dans la section suivante, si les principales conclusions auxquelles elle aboutit se vérifient en pratique. Nous examinerons notamment si la jurisprudence est aussi restrictive qu'on le prétend lorsque l'intention des auteurs du traité de rendre celui-ci directement applicable n'apparaît pas clairement du texte. Il faudra en outre nous demander s'il n'existe pas d'autres hypothèses que celles qui ont été relevées (92), dans lesquelles les particuliers peuvent invoquer les dispositions de traités qui ne font pas naître des droits dans leur chef. À l'occasion de cet examen, nous vérifierons s'il existe, ainsi qu'on le croit souvent (93), une différence sensible d'attitude entre pays « monistes » et pays « dualistes » en ce qui concerne la facilité avec laquelle des effets internes sont reconnus, en cas de doute, aux dispositions d'un traité. Ceci nous amènera à étudier de près la situation existant aux Pays-Bas et en Belgique où, malgré de fortes tendances monistes, on adopte souvent une conception très restrictive de l'applicabilité directe.

SECTION II. — LA JURISPRUDENCE

157. Certains traités règlent uniquement les relations internationales, sans être destinés à exercer des répercussions dans l'ordre interne :

(90) P. De Visscher, Note sous Cour sup. de just. du Luxembourg, 14 juillet 1954, *R.C.D.I.P.*, 1955, 297 ; *id.*, « Droit et jurisprudence belges en matière d'inexécution des conventions internationales », *R.B.D.I.*, 1965, 137 ; F. Rigaux, « Les problèmes de validité », p. 197 ; Rapport précité au 2e Colloque international de droit européen, nº 10, p. 169 ; Th. Maunz et G. Dürig, *op. cit.*, Art. 59, Anm. 24.

(91) F. Rigaux, rapport cité, *ibid.* Voyez aussi *supra*, nº 4.

(92) Voy. *supra*, nº 155.

(93) P. Pescatore, *Conclusion et effets*, p. 95 et 96 ; *id.*, Rapport luxembourgeois au 2e Colloque international de droit européen, p. 155 et 156 ; A. Jacomet, Rapport au même Colloque, p. 240 et 241 ; Ph. Comte, article cité, *Rev. de la Commiss. int. de juristes*, 1962, p. 113 et suiv. ; Ch. Rousseau, *Droit international public*, nº 63 ; P.H. Teitgen, *L'application du droit communautaire par les juridictions françaises*, p. 17 et suiv.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'exemple le plus connu est celui des traités d'alliance (94). En général, ils ne suscitent pas de difficultés car les individus ne songeront même pas à en invoquer les dispositions, celles-ci étant manifestement sans incidence sur leur situation. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'il en est allé autrement : ainsi les dispositions des articles 231 et suivants du Traité de Versailles, concernant les réparations, ont été invoquées devant les tribunaux belges par des particuliers qui prétendaient y voir une cause d'exonération de leur obligation de réparer le préjudice causé à l'État belge par leur collaboration avec l'ennemi. Très justement, la Cour de cassation de Belgique a rejeté cette argumentation, constatant que l'obligation incombant aux demandeurs était réglée « par d'autres règles que celles qui mettent fin aux hostilités entre États belligérants » (95). Il ne faisait pas de doute que le traité n'avait pas en l'espèce entendu faire échec à la réparation, sur le plan privé, des dommages causés par des particuliers aux États signataires.

En Allemagne, le même traité a été invoqué par des individus prévenus d'avoir livré des renseignements secrets à des puissances étrangères : ils prétendaient que par cet acte international, l'Allemagne avait renoncé à son droit de légitime défense et qu'en conséquence, la législation punissant la divulgation de secrets d'État devait être considérée comme abrogée. Tout en rejetant l'argument de la renonciation au droit de légitime défense (96), le Reichsgericht ajouta qu'en tout état de cause, les dispositions invoquées n'avaient entendu viser que les relations entre parties contractantes et que les particuliers ne pouvaient y puiser aucun droit à communiquer des renseignements à des gouvernements étrangers (97). Il ne fait pas de doute qu'ici aussi, le raisonnement était justifié.

158. Parfois, un traité qui se borne à régler les relations interétatiques pourra avoir des conséquences d'ordre interne sans qu'il soit question d'« application directe » *stricto sensu* (98). L'exemple des traités de cession, lesquels entraînent le changement de nationalité des personnes établies sur le territoire cédé, est souvent cité (99) ; pareils traités ont fait l'objet de plusieurs décisions des tribunaux (100). Il en va de même des

(94) On pourrait citer, en outre, les traités d'emprunts internationaux, ceux par lesquels les États se partagent une zone d'influence...

(95) Cass. b., 3 février 1920, *Pas.*, 1920, I, 46.

(96) La Cour relève notamment qu'aux termes de l'article 160, l'Allemagne est autorisée à entretenir une armée destinée au maintien de l'ordre sur le territoire et à la police des frontières.

(97) R.G., 27 mars 1924, *J.W.*, 1924, 1531. Voy. aussi 14 mars 1928, *R.G.St.*, 62, 65.

(98) Voy. *supra*, n° 155.

(99) F. Rigaux, rapport cité, p. 169 ; « Les problèmes de validité », p. 197 ; P. De Visscher, Note sous Cour sup. de just. de Luxembourg, 14 juillet 1954, *R.C.D.I.P.*, 1955, 297 ; *id.*, « Droit et jurisprudence belges en matière d'inexécution des conventions internationales », *R.B.D.I.*, 1965, 137.

(100) Cass. b., 22 mai 1925, *Pas.*, 1925, I, 253 ; Cass. fr., crim., 7 décembre 1883, *Cl.*, 1884, 628 ; Req., 6 mars 1877, *S.*, 1879, I, 305. Pour d'autres effets de droit privé des traités de frontières, voy. : Cass. fr., civ., 7 mars 1910, *S.*, 1915, 1, 101 ; Conseil d'État (France), 3 juillet 1931, « Karl et Toto Samé », *S.*, 1932, 3, 129, note Ch. Rousseau.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

traités réglant des problèmes de succession d'États (101). On peut aussi mentionner les traités établissant des juridictions mixtes dans un pays étranger (102) ou supprimant l'existence de pareilles juridictions (103).

De même, il arrive que les particuliers se réfèrent, dans leur convention, à la conclusion éventuelle d'un traité futur en y subordonnant certaines conséquences de droit : dans ce cas aussi, le traité exercera des effets dans l'ordre interne sans que l'on puisse parler d'une « application directe » de ses dispositions (104).

159. Souvent, le traité, sans s'adresser directement aux individus, impose aux États dans leurs relations mutuelles des obligations se rapportant à leur ordre interne, soit en leur interdisant de prendre des mesures déterminées, soit en leur imposant une certaine conduite. D'une manière générale, dans la mesure où leur système constitutionnel les y autorise, les tribunaux n'hésitent pas à appliquer ces traités en vue d'assurer le respect de l'obligation assumée par l'État envers son cocontractant, et ce malgré le fait que les individus qui s'en prévalent n'y puisent aucun droit propre.

L'exemple le plus caractéristique est celui des traités d'extradition. Il était autrefois universellement admis que ces traités n'intéressaient que les rapports entre États et n'accordaient aucun droit aux individus, objets de l'extradition. Ainsi, le fait que l'extradition eût été accordée sans respecter les conditions ou les formalités établies par la convention n'autorisait pas l'extradé à réclamer contre son transfert : ces formalités étaient censées avoir été instituées exclusivement dans l'intérêt de l'État requis, lequel pouvait refuser d'accorder l'extradition si elles n'étaient pas réunies ; si néanmoins il l'autorisait, l'accusé n'avait aucun titre pour s'en plaindre (105). Dans cette mesure, il était exact que le traité était

(101) F. Rigaux, « Les problèmes de validité », p. 197, et la jurisprudence citée en note 4, *Répertoire Dalloz*, éd. 1861, t. XLII, 1re partie, vo *Traité international*, no 155, et la jurisprudence citée ; Conseil d'État (France), 8 juillet 1960, « Soc. indochinoise d'électricité », *R.P.D.A.*, 1960, no 286. *Contra*, mais à tort (voy. *infra*, no 169) : Brux., 1er décembre 1964, *J.T.*, 1965, 7.

(102) Cass. fr., req., 14 mai 1935, *S.*, 1936, I, 281, note Ch. Rousseau.

(103) Rouen, 9 juillet 1958, *R.C.D.I.P.*, 1961, 145.

(104) Civ. Troyes, 20 juin 1956, *G.P.*, 1956, 2, 200 (Promesse de vendre un immeuble au plus tard dans les six mois suivant « la signature de la paix »).

(105) Cette solution a longtemps été unanimement admise : Cass. b., 9 janvier 1911, *Pas.*, I, 78 ; Cass. fr., crim., 18 juillet 1851, *D.*, 1851, 5, 248 ; *id.*, 15 avril 1865, *D.*, 1865, I, 248 ; *id.*, 13 avril 1876, *D.*, 1876, I, 512 ; *id.*, 1er juillet 1899, *D.*, 1902, I, 55 ; Reichsgericht, 29 août 1888, *Goldt-Arch.* 36, 404 ; *id.*, 10 décembre 1896, *R.G.St.*, 29, 288 ; *id.*, 24 mars 1922, *J.W.*, 1922, 1588 ; *id.*, 8 mai 1929, *R.G.St.*, 63, 215. Voy. aussi l'affaire « Savarkar » décidée par la Cour permanente d'arbitrage le 24 février 1911, J.B. Scott, *Hague Court Reports*, 1916, p. 275. Voy. en outre la thèse III votée par l'Institut de droit international lors de sa session d'Oxford, et qui admet que ce ne sont pas les traités seuls qui font de l'extradition un acte conforme au droit, et qu'elle peut s'opérer même en l'absence de tout lien contractuel (*Annuaire de l'Institut*, 1879-1880, 2e partie, p. 259).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

inapplicable pour le motif qu'il n'avait pas engendré de droits au profit de l'individu (106).

Mais lorsque l'extradition était expressément subordonnée à la condition que des poursuites ne soient pas intentées, par l'État requérant, pour d'autres faits que ceux motivant l'extradition, les juges ont permis à l'accusé de se prévaloir du traité et de faire déclarer nulles les poursuites engagées en violation de la condition (107) ; s'ils avaient refusé en ce cas d'appliquer l'accord, ils eussent engagé directement la responsabilité de l'État. En pareil cas, l'individu se trouve dans ce qu'on pourrait appeler une « situation instrumentale » (108) : sans être personnellement titulaire des droits créés par l'accord, il peut s'en prévaloir et exiger, dans son intérêt, que soient respectées les obligations assumées envers un autre État. Dans la mesure où il se borne ainsi à demander le respect de la légalité objective, il n'est pas nécessaire qu'il prouve que l'accord lui a conféré un droit individuel.

160. La jurisprudence en matière d'extradition montre que les tribunaux, tout en niant expressément que le traité donne naissance à des droits subjectifs (109), n'hésitent pas à en faire une application que l'on pourrait qualifier de « négative » lorsqu'il s'agit d'éviter que la responsabilité internationale de leur État puisse être engagée. Dans d'autres cas aussi, les juges ont admis l'applicabilité directe de traités qui, à première vue, concernaient uniquement les relations internationales (110). Lorsqu'ils

(106) Notons toutefois qu'on tend aujourd'hui à admettre que l'individu a un droit subjectif à ne pas être extradé dans des conditions autres que celles prévues dans les traités d'extradition : voy. Conseil d'État (France), 30 mai 1952, « Dame Kirkwood », *R.D.P.S.P.*, 1952, 794, note M. Waline ; voy. aussi note J. Magnol, *J.C.P.*, 1951, II, 5946 ; H.R., 26 août 1960, *N.J.*, 1960, n° 566, note B.V.A. Röling. Voy. aussi Conseil d'État (France), Ass., 3 février 1956, « Petalas », *J.C.P.*, 1956, II, 9184, note Vitu, qui surseoit à statuer jusqu'à ce que le ministre des affaires étrangères ait tranché le point de savoir si le traité d'extradition invoqué « crée un droit au profit des individus menacés d'extradition ». Voy. enfin, dans le sens de la doctrine traditionnelle : Cass. fr., crim., 20 décembre 1951, *J.C.P.*, 1952, II, 7014, note H. Blin.

(107) Jurisprudence constante : Cass. fr., crim., 27 janvier 1887, *S.*, 1887, I, 188 ; *id.*, 2 juillet 1898, *S.*, 1900, I, 159 ; Bruxelles, 17 mai 1902, *J.T.*, 1902, col. 919 ; Reichsgericht, 22 septembre 1885, *R.G.St.*, 12, 381 ; *id.*, 26 juin 1899, *R.G.St.*, 32, 247 ; *id.*, 28 février 1902, *R.G.St.*, 34, 191 ; *id.*, 5 mai 1908, *R.G.St.*, 41, 272 ; *id.*, 3 octobre 1911, *R.G.St.*, 45, 271 ; *id.*, 22 mai 1930, *R.G.St.*, 64, 183 ; Cour d'appel de Hollande septentrionale, 1er novembre 1875, *W.*, 3923 ; H.R., 26 août 1960, *N.J.*, 1960, n° 566, note B.V.A. Röling.

(108) L'expression est de C. Mortati, *Istituzioni*, p. 1056. Voy. aussi F. Rigaux, rapport cité, n° 21, p. 186, (qui constate que si l'individu n'a pas un droit, il peut avoir un intérêt légitime à ce que l'État respecte ses obligations internationales).

(109) Particulièrement expressif à ce point de vue est l'arrêt précité du Reichsgericht du 5 mai 1908.

(110) Voici quelques exemples :

— Conseil d'État (Belgique), 9 mai 1958, « De Reuse », *R.A.A.*, 1958, n° 6260 : l'article 5 de la Convention d'Union de Paris, quoique, d'après son texte, clairement *non self-executing*, a « atténué la vigueur » de l'article 23 de la loi du 24 mai 1854 en interdisant de prononcer la déchéance d'un brevet aussi longtemps qu'une licence obligatoire n'a pas été accordée. Il est vrai que le Conseil d'État considère qu'en raison de l'approbation législative qu'elle a reçue, cette

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

statuent sur la légalité d'actes administratifs dont la compatibilité avec les engagements internationaux de l'État est contestée, ils se limitent à un contrôle objectif, sans rechercher si l'accord a pour but de faire naître des droits ou des obligations pour le requérant (111).

Dans tous ces cas d'application « négative », les tribunaux se sont avant tout efforcé de tenir compte des obligations que le traité imposait à l'État, et d'éviter, dans toute la mesure où leur système constitutionnel les y autorisait, que la responsabilité internationale de celui-ci puisse être engagée.

161. Parfois cependant, il est nécessaire de rechercher si l'accord a engendré des droits subjectifs pour les particuliers avant de pouvoir l'appliquer. Il en est ainsi lorsque ceux-ci se plaignent devant les tribunaux du préjudice que leur aurait causé la méconnaissance, par l'État, de ses obligations. Selon les principes généralement acceptés, ils devront alors établir que cette méconnaissance a entraîné pour eux la violation d'un droit. Ici aussi, on constate que la jurisprudence admet avec facilité qu'il en est ainsi, même lorsque le texte de l'accord n'est pas explicite sur ce point (112).

---

disposition « lie individuellement les Belges » ; toutefois, comme le relève F. Rigaux (rapport cité, nº 6, p. 164, note 13), il s'agit là d'une erreur car tous les traités approuvés ne lient pas individuellement les Belges : ils ne le font que si leur formulation est suffisamment précise et complète.

— Cassaz., S.U., 2 février 1953, *R.d.i.*, 1953, p. 453, note F. Durante : la renonciation faite par l'Italie, « tant en son nom qu'en celui de ses nationaux », à toute demande contre l'Allemagne ou les nationaux allemands, par l'article 77 du Traité de Paix de 1949, est pleinement opérante non seulement dans les relations interétatiques mais aussi dans les litiges entre particuliers portés devant les tribunaux italiens.

— Reichsfinanzhof, 15 octobre 1920, *E.R.F.H.*, 4, 194 : l'article 53 du Traité de Versailles (l'Allemagne « s'engage à ne pas revendiquer comme ressortissants allemands » les habitants d'Alsace-Lorraine qui auront été déclarés français) et l'article 278 du même traité (elle « s'engage à dégager à tous les points de vue ces ressortissants, en raison de cette acquisition de nouvelle nationalité, de toute allégeance vis-à-vis de leur État d'origine ») sont directement applicables et obligent à annuler les mesures de confiscation ayant frappé les avoirs du requérant.

— Cour d'appel d'Amsterdam, 13 mars 1928, *W.*, 11816 : l'article 137 du Traité de Lausanne (les décisions prises par les autorités des puissances d'occupation de Constantinople et concernant des biens appartenant à des Turcs seront considérées comme définitives et ne donneront lieu à aucune réclamation contre ces puissances et leurs autorités) ne lie pas seulement les gouvernements des États contractants dans l'exercice de leurs droits souverains, mais constitue une partie intégrante du droit interne, et interdit aux ressortissants des États contractants de mettre en cause ces décisions devant les tribunaux nationaux.

(111) Voy. C.E. (Belgique), 8 mai 1958, « De Reuse », cité à la note précédente ; Reichsfinanzhof, 15 octobre 1920, cité à la note précédente ; Conseil d'État italien, 7 novembre 1962, *Foro it.*, 1963, III, 143, (qui annule des arrêtés ministériels contraires à l'article 31 du traité C.E.E. sans se demander si cette disposition crée pour les justiciables des droits individuels que les juridictions doivent sauvegarder). Voy. aussi Conseil d'État italien, assemblée plénière, 20 décembre 1961, *R.d.i.*, 1962, 267 (discuté *supra*, nº 32) ; H.R., 3 janvier 1845, *W.*, 566.

Notons toutefois qu'une évolution récente aux Pays-Bas et en Belgique semble exiger, comme condition du contrôle de légalité, que l'accord engendre des droits dans le chef des particuliers. Cf. *infra*, nº 167 et suiv.

(112) Voy. Civ. Léopoldville, 21 septembre 1932, *J.T.*, 1932, col. 633 : le principe de liberté de navigation fluviale et d'égalité commerciale sur le fleuve Congo, consacré par la Convention

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Il importera aussi de savoir si l'accord a conféré des droits subjectifs lorsque l'inobservation par l'État ne constitue pas un manquement envers le cocontractant, mais est, au contraire, demandée, ou tout au moins tolérée, par ce dernier. Si un État étranger réclame qu'un fugitif lui soit livré dans des conditions non prévues par le traité d'extradition, ce fugitif ne pourra invoquer le traité devant les tribunaux de l'État requis que si l'on admet qu'il y trouve la source d'un droit subjectif propre à ne pas être extradé, sauf dans les conditions prévues. C'est ce qui explique que dans des cas semblables — qui doivent être nettement distingués de ceux où l'individu extradé fait l'objet de poursuites pour des faits autres que ceux pour lesquels l'extradition a été accordée, et où pareilles poursuites constituent dès lors une violation directe des engagements assumés envers l'État requis — les tribunaux recherchent, avant d'appliquer le traité, si celui-ci a réellement pour objet de garantir à l'accusé le droit de ne pas être extradé dans d'autres conditions que celles qu'il prévoit (113).

En dehors de ces cas, il n'existe pas de raison majeure de refuser d'appliquer un traité pour le motif que celui-ci ne vise, selon ses termes, que les relations internationales et ne crée pas de droits et obligations pour les individus ; bien au contraire, l'étude de la jurisprudence montre que les tribunaux donnent effet à ces traités dans toute la mesure où leur système constitutionnel le leur permet, lorsque la responsabilité internationale de leur État risque d'être engagée.

---

de Saint-Germain-en-Laye du 10 septembre 1919, oblige l'État « dans ses rapports avec les particuliers aussi bien que comme entité souveraine dans ses rapports avec les autres puissances contractantes ». Cette décision a été fortement critiquée par F. Mûuls, (article cité, *R.D.I.L.C.*, 1934, p. 485 et 486), pour qui le traité n'aurait pu être invoqué devant les tribunaux belges que s'il était démontré que les puissances signataires avaient entendu conférer à leurs ressortissants des droits civils, ce qui n'était pas le cas. Voy. aussi H.R., 25 janvier 1952, *N.J.*, 1952, n° 125 : l'État néerlandais doit réparer le préjudice causé à des particuliers par des mesures contraires au principe de libre navigation sur le Rhin, énoncé à l'article premier de la Convention de Mannheim. Voy. cependant *contra* : R.G., 8 octobre 1895, *R.G.Z.*, 36, 183 (l'Acte sur la navigation de l'Elbe n'a pas engendré des droits subjectifs pour les justiciables).

(113) Cass. crim., 20 décembre 1951, *J.C.P.*, 1952, II, 7014, note H. Blin ; Conseil d'État (France), Ass., 3 février 1956, « Petalas », *J.C.P.*, 1956, II, 9184, note Vitu.

Dans le même ordre d'idées, on peut citer l'arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 12 mars 1903, *Pas.*, I, 126 : la signification d'un acte à l'étranger suivant les règles établies par les articles 2 et 3 de la Convention de La Haye du 14 novembre 1896 n'est pas nulle par cela seul qu'elle n'a pas été faite, comme le prévoit la Convention, à la demande des officiers du ministère public ou du tribunal. En effet, selon la Cour, la Convention « *donne à l'État* dans lequel doit se faire la signification *le droit*, avant de la faire opérer, d'exiger que l'acte lui soit adressé sur la demande des officiers du ministère public ou des tribunaux de l'État transmetteur dudit acte ; le premier de ces États, *dans le seul intérêt duquel la stipulation est faite*, est aussi seul juge de l'opportunité qu'il peut y avoir à s'en prévaloir ». Dès lors le demandeur est « sans qualité pour signaler le défaut d'une formalité qui n'est pas instituée dans son intérêt » (C'est nous qui employons le cursif). Pour une décision soulevant un problème du même ordre, voy. Corte costituzionale, 10 mars 1966, n° 20, *Foro it.*, 1966, I, col. 409.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

162. L'obstacle à l'application d'un traité peut provenir du fait que celui-ci exige, expressément ou implicitement, un acte interne ultérieur pour lui donner effet ; dans ce cas, en vertu de la volonté même de ses auteurs, l'applicabilité ne résulte pas de l'entrée en vigueur internationale et de l'accomplissement des formalités constitutionnelles, mais de l'adoption des mesures d'exécution prévues.

L'exemple classique est celui des conventions par lesquelles les États s'engagent à introduire dans leur législation nationale les dispositions de droit uniforme qui y sont annexées (114). Les particuliers ne pourront se prévaloir de la loi uniforme que lorsque le législateur en aura expressément adopté les dispositions ; l'approbation législative et la publication de la convention portant loi uniforme ne suffisent pas à son applicabilité. Ce point a été fort clairement mis en lumière par un jugement du tribunal de commerce de Bruxelles en date du 29 janvier 1938 (115).

Les conventions en vertu desquelles les signataires s'engagent à réprimer certains actes ou à interdire certains comportements constituent un autre exemple de traité « non self-executing » (116). En elle-même, l'adoption de la convention ne modifie pas la situation juridique des particuliers ; leur conduite ne sera susceptible d'être sanctionnée pénalement (117) ou civilement (118) qu'à partir du jour où les mesures

(114) F. Rigaux, rapport cité, n° 6, p. 164 ; F. Mûuls, article cité, *R.D.I.L.C.*, 1934, p. 486 ; C. Fabozzi, *op. cit.*, p. 98.

(115) *B.J.*, 1938, col. 613, note J. Ugeux-Demollin. Il s'agissait de la Convention de Genève du 7 juin 1930 portant loi uniforme sur la lettre de change et le billet à ordre ; cette convention avait été approuvée par une loi du 16 août 1932 et publiée au *Moniteur belge*. Le tribunal relève que malgré cela, elle n'est pas applicable en Belgique. En effet, « la mesure des dispositions légales nouvelles entrées en vigueur en Belgique par suite de la loi du 16 août 1932 doit être recherchée dans les conventions elles-mêmes ; celles-ci limitent la portée de la loi » en disposant que la seule obligation qui en découle est d'imposer « au pouvoir exécutif l'obligation de prendre les mesures nécessaires en vue d'assurer l'introduction de la loi uniforme dans son territoire ». De même, la publication de la loi uniforme en annexe à la convention n'a « pas eu pour effet de l'incorporer dans le cadre des lois belges » ; la loi ne sera applicable en Belgique que lorsque cet État aura satisfait à l'engagement contenu dans la convention et que « le texte de la loi uniforme aura été introduit, suivant les formes de la loi belge, dans notre législation nationale ».

(116) P. Pescatore, rapport cité, p. 139.

(117) Trib. de canton de La Haye, 30 juin 1934, *W.*, 12863 ; *N.J.*, 1934, p. 1398 ; confirmé par Cour d'appel de La Haye et par Hoge Raad, 3 juin 1935, *W.*, 12959 ; *N.J.*, 1936, n° 6.

(118) H.R., 1er juin 1956, *N.J.*, 1958, n° 424 (deuxième arrêt « Cognac »), note D.J. Veegens. Cet arrêt a été fort critiqué par les auteurs néerlandais : on a fait valoir que l'alinéa 2 de la disposition en cause (article 11 du traité franco-néerlandais de commerce et de navigation du 28 mai 1935), par lequel « Chacune des Hautes Parties Contractantes s'engage à mettre ou à maintenir en vigueur toutes mesures nécessaires en vue de réprimer, sur son territoire, l'emploi abusif des appellations géographiques d'origine de tous produits de l'autre Partie... » pouvait être considéré comme visant l'article 1401 du Code civil, qui énonce l'obligation de réparer le dommage résultant d'un acte illicite. (Voy. en ce sens : D.J. Veegens, note sous l'arrêt, *N.J.*, 1958, n° 424 ; A.J.P. Tammes, article cité, *N.J.B.*, 1962, p. 73 et 74 ; L. Erades, note sous l'arrêt, *N.T.I.R.*, 1955, p. 404 ; H.F. van Panhuys, « The Netherlands Constitution and International Law », *A.J.I.L.*, 1964, p. 102 ; voy. aussi les conclusions du Procureur général Langemeijer avant l'arrêt, *N.J.*, 1958, n° 424). Toutefois, le Hoge Raad a fait preuve, à bon droit selon nous, de plus de prudence ; selon lui, le traité contient « des dispositions par lesquelles les Hautes Parties Contractantes s'obligent

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

étatiques requises pour donner effet à l'interdiction auront été prises ; de même, tant qu'il n'en sera pas ainsi, les autorités étatiques ne pourront, sous peine de commettre une faute engageant leur responsabilité, prétendre imposer le respect de l'interdiction aux particuliers (119).

163. L'application directe peut se heurter à un obstacle de fait lorsque le traité consacre, en termes généraux, un droit jusque-là inconnu de l'ordre juridique des États contractants, et dont la mise en œuvre exige des mesures destinées à en préciser les contours, à désigner les autorités chargées de veiller à son application, à instituer des conditions ou des délais pour son exercice, à prévoir les procédures à suivre pour obtenir sa sauvegarde, etc. (120). Même si le traité ne prévoit pas expressément l'adoption de mesures de complément, celles-ci devront néanmoins être prises ; le juge ne pourrait y suppléer lui-même sans empiéter sur les attributions des autres pouvoirs.

Ainsi, l'arrangement de La Haye du 6 novembre 1925 prévoit la possibilité pour les ressortissants de chacun des pays contractants de s'assurer dans tous les autres la protection de leurs dessins ou modèles industriels au moyen d'un dépôt international effectué au Bureau international de Berne (121). Les Pays-Bas, quoique n'accordant pas une protection spéciale aux dessins et modèles industriels, ont néanmoins adhéré à l'arrangement de La Haye. Ceci signifie-t-il que les dessins et modèles sont dorénavant protégés dans ce pays ? Certes non ; la simple affirmation de principe contenue dans l'arrangement ne suffit pas pour que les tribunaux puissent reconnaître le bénéfice de la protection aux particuliers intéressés aussi longtemps que le dépôt national des dessins et modèles n'est pas possible et que les modalités et les effets de ce dépôt ne sont pas précisés. On peut considérer qu'à ce point de vue, la convention renvoie à la législation nationale, et que la carence de celle-ci tient en suspens

---

mutuellement à interdire et à empêcher certains actes, sans exprimer par là que l'obligation en naisse pour chacun de s'abstenir, sur le territoire des Pays-Bas, de tels actes » ; en conséquence, une fausse appellation d'origine « ne constitue pas sans plus un acte illicite » au sens de l'article 1401.

De même, la règle de la priorité de droite absolue, énoncée par l'annexe 2, § 1er, de la Convention internationale sur la circulation routière signée à Genève le 19 septembre 1949, n'a pas entraîné d'obligation immédiate dans le chef des justiciables belges tant que les mesures appropriées pour en assurer l'observation n'étaient pas prises ; dès lors, ne constitue pas une faute le fait de ne pas céder le passage lorsque ce refus se fait en conformité avec les dispositions du Code belge de la route du 10 décembre 1958, en vigueur au moment des faits. Voy. Cass. b., 13 avril 1964, *Pas.*, I, 849 ; voy. aussi Bruxelles, 4 novembre 1960, in : R. Bogaert, *Jurisprudence de la route*, article 16, n° 60/11040 ; Civ. Bruxelles, 27 novembre 1961, *J.T.*, 1962, 46. *Contra* : Comm. Bruxelles, 16 juin 1960, *J.T.*, 1960, 725, note M. Slusny et M. Waelbroeck.

(119) Cass. b., 3 octobre 1957, *Pas.*, 1958, I, 88, conclusions de l'avocat général P. Mahaux.

(120) Voy. C. Fabozzi, *op. cit.*, p. 121 et 122.

(121) Article premier. (Ce Bureau a par la suite été transféré à Genève).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'applicabilité de la convention et des droits qu'elle consacre (122). C'est en ce sens que se prononce la jurisprudence néerlandaise (123).

Un problème analogue a été rencontré par le Reichsgericht à l'occasion de l'application de l'article 297 (i) du Traité de Versailles, selon lequel : « L'Allemagne s'engage à indemniser ses ressortissants en raison de la liquidation ou de la rétention de leurs biens, droits ou intérêts en Pays alliés ou associés ». Le tribunal suprême a décidé qu'en l'absence dans le traité de tout principe pouvant aider à déterminer comment se ferait l'indemnisation et de toute réglementation détaillée de celle-ci, l'Allemagne était demeurée libre de régler cette question elle-même ; l'indemnisation partielle accordée, en vertu de la législation allemande sur les dommages de guerre, devait être considérée comme suffisante, sans que les particuliers puissent puiser dans l'article 297 (i) un droit à une réparation plus étendue (124). Ici aussi, on constate que le juge se refuse à appliquer directement une disposition d'un traité consacrant un principe de droit nouveau (la réparation par l'Allemagne des dommages causés par les pays alliés ou associés) sans lui donner une forme suffisamment précise.

Si tous ces traités n'ont pas été appliqués directement par les juges, c'est parce que, constitutionnellement, ces derniers ne pouvaient qu'appliquer et interpréter le droit existant, sans pouvoir créer de toutes pièces les institutions qui eussent été nécessaires pour permettre aux règles conventionnelles de produire leurs effets dans l'ordre interne. Si les « structures d'accueil » (125) n'existent pas, il incombera au législateur de les créer pour que le traité puisse être invoqué devant les tribunaux ; ces derniers ne pourront y suppléer eux-mêmes.

164. Il faut prendre garde, toutefois, que la mission normale des tribunaux étant d'interpréter les dispositions obscures, le simple fait que les négociateurs d'un traité se soient servis d'expressions générales ou peu précises ne fait pas nécessairement obstacle à l'applicabilité directe. Il n'en sera ainsi que si l'imprécision des termes utilisés est telle que le juge ne pourrait prétendre les interpréter sans faire œuvre de législateur (126).

(122) Voy. en ce sens l'article 4, § 2, selon lequel le dépôt international produit les mêmes effets dans chaque pays contractant que si le dessin ou modèle avait été déposé dans ledit pays.

(123) H.R., 26 avril 1935, *N.J.*, 1935, p. 1617, note P. Scholten ; Trib. d'arrond. d'Amsterdam, 11 octobre 1932, *N.J.*, 1934, p. 495 ; C.A. La Haye, 9 février 1942, *N.J.*, 1942, n° 371. Ces décisions vont même plus loin et décident que le bénéficiaire d'un dépôt international ne peut prétendre aux Pays-Bas à une protection indirecte ou « réflexe » en se plaçant sur le terrain de la concurrence déloyale. Voy. pour une discussion de ce problème : note P. Scholten sous l'arrêt du H.R. du 26 avril 1935, *N.J.*, 1935, p. 1617 ; L. Erades et W.L. Gould, *op. cit.*, p. 323 et 324.

(124) Reichsgericht, 29 mars 1928, *R.G.Z.*, 121, 7 ; voy. aussi, moins clairement motivé : *id.*, 10 octobre 1922, *R.G.Z.*, 105, 260.

(125) Selon l'excellente expression de Ph. Comte, article cité, *Revue de la Commission internationale des juristes*, 1962, p. 114.

(126) Voy. *supra*, n° 163.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

De même, le fait que le traité ne vise qu'un engagement de l'État d'atteindre un but donné, ou que ses auteurs se soient exprimés au futur, n'est pas déterminant : si l'intention de subordonner les effets internes à l'adoption de mesures nationales ne résulte pas clairement du texte (127), et si les institutions de l'ordre juridique considéré permettent d'atteindre le résultat voulu sans que des mesures de complément soient prises, il n'existe aucun motif de rejeter l'applicabilité directe. Bien souvent, eu égard aux souverainetés nationales, une locution relativement faible, telle que « les parties contractantes s'engagent à... » ou « assureront... » ou « s'abstiendront de... », est utilisée par les auteurs du traité là où une formulation plus directe aurait été possible. Il serait erroné d'y voir un motif suffisant pour nier le caractère directement applicable des dispositions ainsi adoptées.

De nombreuses décisions ont fait application de dispositions libellées en termes « non self-executing » lorsque cette application ne s'avérait pas contraire à l'intention des auteurs du traité et qu'elle était techniquement possible, compte tenu des structures d'accueil existantes (128).

---

(127) Comme dans le cas des conventions portant loi uniforme, discutées *supra*, n° 162.

(128) Appliquent une disposition d'un traité malgré l'emploi du temps futur : H.R., 3 janvier 1845, *W.*, 566 ; 29 juin 1885, *Nederlandsche Rechtspraak*, vol. CXL, 302 ; 13 décembre 1886, *W.*, 5395, et les conclusions de l'avocat général Gregory ; C.A. La Haye, 17 février 1887, *W.*, 5423 ; Cassaz. pen., 7 juin 1956, *R.d.i.*, 1957, 257, note A. Malintoppi ; Reichsgericht, 18 juin 1927, *R.G.Z.*, 117, 284.

Plus frappantes sont les décisions qui appliquent une disposition conventionnelle ne contenant qu'un engagement des États de prendre certaines mesures : Cass. fr., req., 27 février 1934, *D.H.*, 1934, 203 ; *S.*, 1935, I, 1, note J.-P. Niboyet (appliquant l'article 1er de la Convention de Genève du 10 juin 1925 aux termes duquel tout membre de la Conférence internationale du travail *s'engage à accorder* aux ressortissants de tout autre membre ayant ratifié la convention, qui seraient victimes d'accidents du travail survenus sur son territoire ou à leurs ayants droit, le même traitement que celui qu'il assure à ses ressortissants) ; C.A. Aix, 7 mai 1951, *R.C.D.I.P.*, 1952, 697, note Y. Loussouarn, (appliquant la même disposition). L'arrêt de la Cour de cassation (ch. civ.) du 28 mars 1962 (*D.*, 1963, 518, note Ph. M.) est également intéressant : il applique l'article 3 de la Convention internationale du travail n° 3 concernant l'emploi des femmes avant et après l'accouchement, signée à Washington le 30 avril 1948, selon lequel toute femme qui cesse de travailler en prévision d'un accouchement devant intervenir dans un délai probable de six semaines « recevra, pendant toute la période où elle demeurera absente,... une *indemnité suffisante* pour son entretien et celui de son enfant dans de bonnes conditions d'hygiène ; ladite indemnité *dont le montant exact sera fixé par l'autorité compétente dans chaque pays*, sera prélevée sur les fonds publics *ou* sera fournie par un système d'assurance ; elle aura droit en outre aux soins gratuits d'un médecin ou d'une sage-femme ; aucune erreur de la part du médecin ou de la sage-femme, dans l'estimation de la date de l'accouchement, ne pourra empêcher une femme de recevoir l'indemnité à laquelle elle a droit à compter de la date du certificat médical jusqu'à celle à laquelle l'accouchement se produira » (C'est nous qui employons le cursif). Mentionnons enfin l'arrêt de la Cour de Paris du 17 mars 1960, appliquant l'article 10*ter* de la Convention d'Union de Paris : « Les pays de l'Union *s'engagent ... à prévoir des mesures* pour permettre aux syndicats et aux associations représentant les industriels producteurs ou commerçants intéressés, d'agir en justice ou auprès des autorités administratives en vue de la répression des actes prévus aux articles 9, 10 et 10*bis* dans la mesure où la loi du pays dont la protection est réclamée le permet aux syndicats et associations de ce pays » (*J.C.P.*, 1960, II, 11609) (C'est nous qui employons le cursif). Voy. aussi l'intéressante note P. Aymond, sous l'arrêt, *ibid.* : « Une obligation internationale, dont la mise en œuvre est possible sans que des mesures

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

165. Lorsque, faute de structures d'accueil internes suffisamment élaborées, une disposition internationale n'est pas en mesure de produire tous les effets de droit interne que ses auteurs avaient entendu y rattacher, il ne faudrait pas en conclure qu'elle demeure entièrement inapplicable par les tribunaux. Dans certains cas, ceux-ci pourront lui reconnaître des effets. Ainsi, si un traité interdit certains agissements des ressortissants des États signataires et si, en outre, il oblige ces États à mettre en vigueur toutes mesures nécessaires en vue de réprimer lesdits agissements, l'interdiction ainsi édictée pourra entraîner des conséquences sur le plan du droit civil (129), alors même que sa violation ne serait pas susceptible de donner lieu à des poursuites pénales, faute pour l'État d'avoir introduit dans sa législation les mesures répressives prévues.

Toutefois, ceci suppose que, dans l'intention de ses auteurs, le traité en cause soit destiné à imposer par lui-même des obligations aux particuliers et que, seule, l'adaptation insuffisante de l'ordre interne fasse obstacle à ce qu'il produise ses pleins effets. S'il résulte du texte que l'interdiction n'est pas destinée à s'appliquer telle quelle, mais que la seule portée du traité est d'obliger les parties contractantes à modifier leur législation en vue d'y introduire l'interdiction prévue, celle-ci ne produira pas d'effets en droit civil aussi longtemps que le législateur national n'aura pas pris les mesures nécessaires (130).

166. Les tribunaux internes n'ont pas hésité à s'appuyer sur des traités, même non directement applicables, en vue d'interpréter des dispositions de droit national, invoquant le principe selon lequel, en cas de doute, le législateur est censé avoir entendu respecter ses obligations internationales (131). Dans d'autres cas, pareils traités ont été pris en considération lorsqu'il s'est agi de déterminer si un acte juridique était ou non contraire à l'ordre public (132).

---

de complément aient à être édictées par le législateur interne, se transforme pour les particuliers en un droit direct... ».

(129) Ainsi, sa méconnaissance pourra être considérée comme constitutive de faute entraînant l'obligation de réparer ; un contrat qui y contreviendrait pourrait être déclaré nul comme contraire à l'ordre public. Cf. A.J.P. Tammes, article cité, *N.J.B.*, 1962, p. 73 et 74 ; voy. aussi Président du Tribunal d'arrondissement de La Haye, 24 novembre 1961, *N.J.*, 1962, n° 57.

(130) Voy. *supra*, n° 162.

(131) Civ. Courtrai, 15 février 1957, *J.T.*, 1957, 354 ; Liège, 24 mai 1961, *J.T.*, 1961, 574, note M. Franchimont. (Ces deux décisions s'appuient sur la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 pour donner une interprétation libérale à des dispositions légales belges).

H.R., 24 mai 1957, *N.J.*, 1958, n° 455, concl. Langemeijer, note H.B. (De deux interprétations proposées à une disposition prise en application d'un traité *non self-executing*, il faut choisir celle qui lui est conforme).

Reichsgericht, 23 novembre 1928, *R.G.St.*, 62, 369 (qui énonce aussi le principe de la « *vertragskonforme Auslegung* » des lois prises en exécution d'engagements souscrits par traité). Dans le même sens : Bundesverwaltungsgericht, 28 juin 1956, *N.J.W.*, 1957, 762.

(132) Président Trib. d'arr. La Haye, 24 novembre 1961, *N.J.*, 1962, n° 57 ; C. Fabozzi, *op. cit.*, p. 127.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

SECTION III. — LES TENDANCES RÉCENTES AUX PAYS-BAS ET EN BELGIQUE

167. L'article 66 de la constitution néerlandaise telle qu'elle a été révisée en 1956 dispose que « les prescriptions légales en vigueur dans le royaume ne reçoivent pas application lorsque ladite application serait inconciliable avec les dispositions *obligatoires pour tous les citoyens* (*een ieder verbindend*) d'accords conclus soit avant, soit après l'adoption de ces prescriptions » (133). Il apparaît des travaux préparatoires que par les mots « obligatoires pour tous », le constituant a entendu se référer à la distinction classique entre traités « self-executing » et « non self-executing » ; seuls jouiraient de la force obligatoire interne reconnue par l'article 66 « les règles qui par nature se prêtent à une application directe par le juge et ne se limitent pas à donner des instructions aux organes législatifs ou exécutifs de l'État » (134).

Des auteurs se sont demandé si, en limitant de la sorte les pouvoirs du juge d'écarter les lois contraires aux traités, la révision de 1956 n'avait pas restreint dans une mesure excessive la force obligatoire de ceux-ci dans l'ordre interne (135). Au lieu de tenir compte de l'ensemble des dispositions d'un traité, et de n'appliquer les lois que dans la mesure où cette application est compatible avec l'économie générale du traité, les tribunaux ne pourraient donner effet qu'aux dispositions donnant naissance à des droits ou à des obligations pour les citoyens, et devraient considérer les autres comme sans relevance pour eux (136).

168. Ces craintes ne paraissent pas fondées. Nonobstant les termes restrictifs de l'article 66, les tribunaux contrôlent la conformité des lois prises en exécution de conventions « non self-executing » (137) ; en cas de doute, ils leur donnent une interprétation compatible avec les dispositions desdites conventions (138) ; enfin, ils n'ont jamais exclu la possibilité qu'une interdiction, même non sanctionnée pénalement, puisse être prise en considération pour déterminer, sous l'angle du droit civil,

(133) C'est nous qui employons le cursif.

(134) Déclaration du gouvernement dans le *Memorie van antwoord aan de Eerste Kamer*, *Bijlage Handelingen van de Eerste Kamer*, 1952-1953, 2700, n° 63 *a*, cité par L. Erades, « Enige vragen betreffende de artikelen 65 en 66 van de Grondwet », *N.J.B.*, 1962, p. 360 et 361.

(135) L. Erades, article cité, *N.J.B.*, 1962, 360 et suiv. ; L. Erades et W.L. Gould, *op. cit.*, p. 326. Voy. aussi A.J.P. Tammes, article cité, *N.J.B.*, 1962, p. 69 et suiv., 89 et suiv. ; B.V.A. Röling, Note sous H.R., 28 novembre 1961, *N.J.*, 1962, n° 90 ; H.G. Schermers, « Het toezicht door de Commissie », p. 147 à 149.

(136) C'est ce qu'un auteur italien a appelé le « monisme tout à fait particulier » professé par le droit néerlandais : S. Neri, *De la nature juridique des Communautés européennes*, p. 7, en note.

(137) H.R., 11 avril 1958, *N.J.*, 1958, n° 454, note H.B. ; C.A. Amsterdam, 13 février 1957, *N.J.*, 1958, n° 230.

(138) H.R., 24 mai 1957, *N.J.*, 1958, n° 455, note H.B.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

la licéité du comportement des individus qui y contreviendraient (139). S'ils font preuve de prudence dans les cas-limites (140), leur attitude n'a rien de systématique et les cas où un traité « non self-executing » a été appliqué en connaissance de cause (141) ne manquent pas (142). On remarque même parfois une tendance à renverser l'ordre logique du raisonnement et à rechercher *d'abord* si le traité se prête à application en l'espèce, pour décréter qu'*en conséquence* il « lie tous les citoyens » au sens de la constitution (143).

---

(139) Dans l'arrêt « Cognac » du 1er juin 1956 (cité *supra*, nº 162), il n'existait qu'un *engagement d'interdire* les fausses appellations d'origine. Le Hoge Raad pouvait, dans ces conditions, estimer que le traité n'avait pas entraîné l'obligation, pour les particuliers, de s'abstenir de l'emploi de pareilles appellations, tant que l'interdiction n'avait pas été introduite dans l'ordre juridique néerlandais par une loi complémentaire. Voy. aussi *supra*, nº 165.

(140) Voy. l'arrêt « Cognac » du 1er juin 1956, précité ; voy. aussi H.R., 24 février 1960, *N.J.*, 1960, nº 483, (qui considère l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme comme *non self-executing* alors qu'en l'espèce, il aurait peut-être été possible de l'appliquer : voy. la note Röling sous l'arrêt, *ibid.*) ; Trib. d'arrond. de La Haye, 6 mai 1960, *N.J.*, 1961, nº 149 (qui condamne un ressortissant belge pour avoir stationné sur une route nonobstant la présence d'un signal de circulation (auto blanche sur disque à fond bleu) portant interdiction de stationnement en vertu du code néerlandais de la route ; le moyen déduit de ce que ce signal n'était pas reconnu par la Convention internationale sur la circulation routière, et que celle-ci obligeait les Pays-Bas à substituer aux signaux non reconnus des signaux reconnus, ne fut pas retenu par le tribunal, la convention n'étant pas, quant à la disposition invoquée, directement applicable. Voy. sur ce jugement : L. Erades, article cité, *N.J.B.*, 1962, 385). Voy. enfin la décision de la Tariefcommissie, qui a saisi la Cour de Justice des Communautés européennes du point de savoir si l'article 12 du traité C.E.E. engendrait des droits dans le chef des justiciables (*Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, t. IX, (1963), p. 1 et suiv.), alors que le Conseil d'État italien n'avait pas hésité à appliquer directement l'article 31 du même traité qui posait une question d'interprétation identique (Consiglio di Stato, 7 novembre 1962, *Foro it.*, 1963, III, 143).

(141) Dans ses conclusions avant l'arrêt du 11 avril 1958, l'avocat général 's Jacob examine expressément le problème de savoir si un contrôle de la conformité d'une loi avec le traité en vertu duquel elle a été prise est possible, compte tenu de la formule de l'article 66. Sa réponse positive a reçu la confirmation du Hoge Raad (*N.J.*, 1958, nº 454, note H.B.). De même, dans l'arrêt du 24 mai 1957, (qui applique la loi prise pour donner effet à la Convention de Genève du 23 juin 1926 sur le contrat d'engagement maritime en lui donnant une interprétation conforme à la convention), l'attention du collège suprême avait été attirée par le Procureur général Langemeijer sur le fait que la disposition en cause de la convention n'était pas *self-executing* (*N.J.*, 1958, nº 455).

(142) Voy. notamment H.R., 11 avril 1958, Appel Amsterdam, 13 février 1957, H.R., 24 mai 1957, précités.

Contrairement à ce qui a été avancé, il ne paraît pas que dans l'arrêt du 19 janvier 1962 (*N.J.*, 1962, nº 107, note B.V.A.R.), le Hoge Raad ait considéré l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme comme non directement applicable. (Voy. sur cette question : M.J. van Emde Boas, « La Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la jurisprudence néerlandaise », *Ann. eur.*, t. X, (1962), p. 233, et (en sens contraire) : Th. Buergenthal, « The Effect of the European Convention on Human Rights on the Internal Law of Member States », p. 93.

(143) Voy. H.R., 28 novembre 1961, *N.J.*, 1962, nº 90, note B.V.A. Röling : les dispositions de la Convention de Genève « se prêtent par leur caractère à une application directe, *et dès lors* sont " obligatoires pour tous " au sens de l'article 66 de la constitution » (naar haar aard voor rechtstreekse toepassing in aanmerking komen, *derhalve* zijn « een ieder verbindend » in de zin van artikel 66 van de grondwet) (C'est nous qui employons le cursif).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

169. Il est paradoxal de constater qu'en Belgique, où n'existe aucune disposition constitutionnelle semblable à l'article 66 de la loi fondamentale des Pays-Bas, une tendance très nette se manifeste en faveur d'une conception restrictive de l'applicabilité interne des accords internationaux. Plusieurs auteurs refusent aux tribunaux tout pouvoir d'application, voire même d'interprétation, à l'égard des traités qui ne contiennent que des engagements interétatiques sans stipuler directement au profit ou à charge des nationaux (144). Dans la mercuriale prononcée lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation de Belgique le 2 septembre 1963 (145), le procureur général R. Hayoit de Termicourt proposa aux tribunaux belges d'adopter la règle de la primauté du traité sur la loi postérieure contraire, consacrée à l'article 66 de la constitution néerlandaise (146) ; toutefois, il fit sienne également la restriction que contient cette disposition en limitant la primauté aux seuls cas où existe un « conflit de normes », c'est-à-dire où la loi est en contradiction avec une disposition conventionnelle directement applicable (147). Lorsque, au contraire, la loi a pour but de donner effet à un traité « non self-executing », le juge ne pourrait sanctionner la méconnaissance par le législateur des obligations internationales de la Belgique (148).

La jurisprudence belge s'est ralliée à la thèse du procureur général, du moins dans ce qu'elle a de restrictif. Dans un arrêt du 13 avril 1964, la Cour de cassation déclare : « Attendu qu'il appartient aux pouvoirs législatif ou exécutif d'apprécier la conformité des lois ou règlements qu'ils édictent avec les obligations liant la Belgique par une convention internationale ; que les tribunaux n'ont pas le pouvoir de refuser d'appliquer une loi ou un règlement conforme à la loi interne, pour le motif qu'ils ne seraient pas en harmonie avec ces obligations » (149).

Si cette décision peut être justifiée en vertu d'autres considérations (150), il n'en est pas de même de l'arrêt rendu un mois plus tôt

(144) *R.P.D.B.*, v° *Traités internationaux*, n° 299 ; J. Masquelin, « L'action réciproque », *A.D.S.P.*, 1953, t. XIII, n° 52, p. 148 et 149 ; *id.*, « Le contrôle et l'application des traités », *A.D.S.P.*, 1955, t. XV, n° 1, p. 7 ; F. Mûuls, article cité, *R.D.I.L.C.*, 1934, p. 482 à 486.

(145) « Le conflit "Traité – loi interne" », *J.T.*, 1963, 481 et suiv.

(146) Pour la discussion du problème du conflit traité – loi, voy. *infra*, n°s 240 et suiv.

(147) *Id.*, p. 483.

(148) *Id.*, *ibid.* Pour une critique de cette limitation, voy. notre étude intitulée : « Le juge belge devant le droit international et le droit communautaire », *R.B.D.I.*, 1965, p. 348, 355 et 356, aussi publiée dans : *Le juge national et le droit communautaire*, p. 29 et suiv., spécialement p. 37 et 38. Sur la nécessité de permettre le contrôle juridictionnel de la conformité du droit interne aux dispositions *non self-executing* des traités, voy. C. Cambier, Rapport belge au 3e Colloque de droit européen, Paris, 1965, sur « Les mécanismes assurant la mise en œuvre de la législation communautaire par les autorités législatives ou exécutives nationales » (en collaboration avec M. Waelbroeck, J.-V. Louis et H. Desmedt). Pour un point de vue opposé, voy. F. Rigaux, « Les conflits de la loi nationale avec les traités internationaux », in : *Rapports belges au VIIe Congrès international de droit comparé*, p. 269, 280.

(149) *Pas.*, 1964, I, 849.

(150) Voy. *supra*, n° 162.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

par le Conseil d'État, et par lequel celui-ci déclarait irrecevable une demande d'annulation d'un arrêté ministériel prétendument contraire à l'article 2 de la Convention de Paris du 18 octobre 1950, aux termes duquel « doivent être protégés, au moins pendant la période de reproduction, tous les oiseaux et, en outre, les migrateurs pendant leur trajet de retour vers leur lieu de nidification, notamment en mars, avril, mai, juin et juillet ». L'arrêté attaqué avait autorisé la chasse pendant une partie de la période où la convention ordonnait la protection. Le Conseil d'État affirma que l'article 2 de la convention « n'énonce pas une règle de droit positif, mais constitue un engagement souscrit par les parties contractantes de prendre, chacune en ce qui la concerne, s'il y échet, les mesures législatives ou réglementaires propres à en assurer l'exécution ; que pareil engagement ne saurait, par lui-même, déroger aux lois et règlements ; qu'il n'a d'autre portée que de lier l'État belge aux autres parties contractantes ; que l'article 2 ne crée aucun droit ni aucune obligation pour les individus... » (151).

Enfin, il convient de citer un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 1er décembre 1964, qui considère que le traité de cession conclu le 28 novembre 1907 entre la Belgique et l'État indépendant du Congo ne peut être invoqué lorsqu'il s'agit de trancher le problème de la succession aux dettes de l'ancienne colonie du Congo belge, pour le motif que ce traité règle « sur le plan du droit international public, et uniquement sur ce plan, un problème de succession d'État » et ne concerne pas « les rapports de l'ancien État avec les particuliers » (152). La Cour va ainsi à l'encontre d'une jurisprudence séculaire qui reconnaît que les traités de succession d'État, quoique ne réglant que des relations internationales, peuvent avoir une incidence sur la solution à donner aux litiges internes (153).

CONCLUSION

170. Notre examen de la jurisprudence nous a permis de constater qu'à l'inverse de ce qui est parfois allégué (154), dans aucun des six pays n'existe une présomption à l'encontre de l'applicabilité directe des traités. Une évolution s'est dessinée au cours des temps en faveur d'une reconnaissance plus étendue des effets des traités dans l'ordre interne ; toutefois, l'avis consultatif de la Cour permanente de justice interna-

(151) Conseil d'État, 13 mars 1964, « Comte Lippens », *R.J.D.A.*, 1965, 66. Comparer avec l'arrêt « De Reuse » du même Conseil d'État, 9 mai 1958, *R.A.A.*, 1958, n° 6260, discuté *supra*, n° 160, en note.

(152) *J.T.*, 1965, 7.

(153) Voy. à ce sujet *supra*, n° 158.

(154) Voy. *supra*, n° 153.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tionale dans l'affaire de la juridiction des tribunaux de Danzig (155) n'a pas été une étape décisive à cet égard, contrairement à une opinion souvent entretenue (156) : depuis longtemps déjà, les tribunaux des six pays admettaient l'applicabilité directe des traités, même lorsque ceux-ci ne visaient pas explicitement les relations interindividuelles, mais imposaient une obligation d'abstention ou énonçaient un engagement d'atteindre certains résultats dans l'ordre interne.

Il est vrai que le Reichsgericht a déclaré que les particuliers ne peuvent puiser des droits dans un traité que dans la mesure où cela résulte absolument clairement (*mit voller Klarheit*) du traité lui-même et notamment de son contenu, de son but et de son libellé (157) ; il n'apparaît pas, cependant, qu'en pratique il ait adopté une attitude plus restrictive que les tribunaux des autres pays (158). De son côté, dès 1924, la Cour de cassation italienne a reconnu l'existence d'une présomption en faveur de l'applicabilité directe : « un traité régulièrement approuvé selon les procédures prévues par la loi fondamentale a force de loi et peut être invoqué par les personnes privées indépendamment de toute mesure complémentaire du gouvernement, à l'exception des parties qui, par nature ou en raison des clauses expresses, exigent pareille disposition pour entrer en vigueur » (159).

171. Certes, jusqu'à la première guerre mondiale, les décisions qui donnent effet à des traités ne s'adressant expressément qu'aux seuls États sont demeurées rares. Cependant, l'explication de ce phénomène ne doit pas être recherchée dans l'existence d'une règle d'interprétation opposée à l'applicabilité directe, mais dans la nature et l'objet des dispositions en cause. À cette époque, les États n'intervenaient que peu en matière économique et sociale ; les obligations qu'ils assumaient à l'égard de leurs cocontractants n'étaient pas, en règle générale, de nature à intéresser les particuliers, mais concernaient uniquement leurs rapports mutuels sur le plan international (160). Lorsqu'un traité était destiné à régir les relations interindividuelles, comme dans le cas des conventions d'établissement ou des conventions de droit international privé, cela résultait clairement

(155) Avis du 3 mars 1928, C.P.J.I., *Publications*, Série B, n° 15, p. 17 et 18.

(156) Voy. *supra*, n° 153.

(157) 29 mars 1928, *R.G.Z.*, 121, 7. La formule a été reprise par le Bundesgerichtshof : voy. arrêt du 21 juin 1955, *B.G.H.Z.*, 18, 22 ; *Z.a.ö.R.V.*, 1956-1957, 323. Voy. aussi B.G.H., 10 janvier 1966, *N.J.W.*, 1966, 924.

(158) Voy. Reichsgericht, 18 juin 1927, *R.G.Z.*, 117, 284 ; 29 novembre 1927, *R.G.Z.*, 119, 156 ; 2 mai 1929, *R.G.Z.*, 124, 204. Ces trois arrêts se réfèrent au triple critère du but, du contenu et du libellé, sans toutefois ajouter la restriction que l'effet direct doit en découler avec une « certitude absolue ».

(159) Cassaz. civ., 5 mai 1924, *Foro it.*, I, 537.

(160) Faisaient exception les traités d'extradition qui, quoique n'accordant de droits qu'aux États contractants, étaient néanmoins de nature à intéresser les particuliers et pouvaient, dans certains cas, être invoqués par eux. Voy. *supra*, n° 158.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

du texte. Par la suite, avec l'interventionnisme croissant de l'État dans le domaine économique et social, la distinction entre questions intéressant exclusivement les relations interétatiques et celles affectant les intérêts privés s'estompa ; de plus en plus souvent, les obligations internationales que les États assumaient dans les domaines nouveaux soumis à leur pouvoir de réglementation étaient de nature à avoir des répercussions dans les relations internes.

Les traités de paix conclus après la fin de la première guerre sont parmi les premiers exemples de ce nouveau type de traité. Quoique la plupart de leurs dispositions n'eussent pour objet immédiat que de créer des obligations entre États, elles impliquaient la nécessité pour les tribunaux nationaux de leur reconnaître effet dans les relations internes, faute de quoi leur efficacité internationale aurait risqué d'être compromise. Cette exigence a été reconnue par les tribunaux, et ceux-ci se sont montrés disposés à appliquer directement ces traités dans toute la mesure nécessaire pour assurer leur pleine efficacité, chaque fois qu'ils étaient en mesure de le faire sans empiéter sur les attributions des autres pouvoirs (161).

172. On enseigne souvent que l'applicabilité directe des traités est plus facilement admise dans les pays qui adoptent la conception moniste que dans ceux qui se rallient à la théorie dualiste. L'étude de la jurisprudence montre qu'il n'existe pas de différence sensible à cet égard entre les différents systèmes. Et si l'on relève parfois, depuis quelques années, une tendance restrictive, c'est précisément dans des pays où, comme aux Pays-Bas et en Belgique, l'influence moniste est prépondérante.

Il n'existe d'ailleurs aucun rapport logique entre la théorie moniste et la reconnaissance plus ou moins facile de l'applicabilité directe. Certes, les dualistes considèrent que la conclusion du traité est impuissante à le rendre applicable dans l'ordre interne ; il faut qu'un acte émanant de l'autorité constitutionnellement compétente en ordonne l'application par les tribunaux. Cependant, aucun auteur dualiste n'exige que l'acte d'exécution répète toutes les dispositions du traité ni qu'il apporte expressément aux lois existantes toutes les modifications rendues nécessaires ; il peut se borner à renvoyer directement au traité lui-même. Les tribunaux doivent, dans ces conditions, se reporter à ce dernier pour déterminer la portée exacte des modifications introduites dans le droit existant. En présence d'une disposition vague, générale, ou incomplète, le problème de l'applicabilité directe se pose de la même manière que dans le système moniste.

(161) C'est pourquoi un grand nombre des décisions où le problème s'est posé concernaient notamment le Traité de Versailles.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

173. À certains points de vue, on peut même considérer que la théorie italienne de l'ordre d'exécution assure une efficacité plus complète aux traités, et notamment à leurs dispositions « non self-executing », que certains systèmes prétendument monistes qui limitent l'applicabilité interne aux seules dispositions stipulant directement au profit ou à charge des citoyens (162). En vertu de l'ordre d'exécution, le juge italien est renvoyé à l'ensemble du texte de l'accord, et non aux seules dispositions directement applicables ; il doit considérer comme émises dans l'ordre interne *toutes* les normes nécessaires à l'exécution du traité, dans la mesure où celui-ci impose des obligations à l'État (163). Ainsi est évité le « dépeçage » du traité auquel aboutit la thèse selon laquelle le juge national ne peut appliquer que les dispositions qui lient les citoyens ou leur accordent des droits, les autres demeurant situées en dehors de son champ visuel (164).

Il est frappant de constater, à ce propos, que le Conseil d'État italien (165) n'a eu aucune hésitation à appliquer directement l'article 31 du traité C.E.E. (166) alors que la Tariefcommissie des Pays-Bas, placée devant un problème identique relatif à l'article 12 du même traité (167), a cru nécessaire de saisir la Cour de Justice des Communautés européennes, conformément à l'article 177 du traité, de la question de savoir si cette disposition était directement applicable (168). Pour la juridiction

(162) Voy. *supra*, n°s 167 à 169.

(163) En ce sens : D. Anzilotti, *Cours*, p. 409. C. Fabozzi relève de son côté que le problème de l'applicabilité directe ne se pose pas dans les mêmes termes en Italie qu'ailleurs, puisque le traité, au lieu d'être simplement publié, y « fait l'objet d'un ordre d'exécution, par lequel se manifeste une " volonté préceptive " ayant un contenu beaucoup plus précis et intense (la mise en œuvre du traité), ce qui permet de surmonter les difficultés avec lesquelles les juges étrangers sont confrontés à l'occasion de " l'application " interne des traités internationaux » (*op. cit.*, p. 119). Voy. aussi F. Capotorti qui reconnaît qu'il existe, à côté des dispositions de traités qui sont complètes en elles-mêmes et transposables comme telles dans l'ordre juridique italien, et de celles qui nécessitent une intervention législative pour pouvoir donner naissance à des normes internes, une troisième catégorie qui comprend les clauses imposant une certaine conduite aux États, mais à partir desquelles il est possible de déduire immédiatement une norme interne (« Accordi internazionali sulla circolazione stradale », in : *Com. e St.*, t. X, p. 123 et 124).

(164) À noter que la théorie traditionnelle de la transformation jadis accueillie en Allemagne aboutissait également à pareil « dépeçage », dans la mesure où elle considérait que seules les dispositions qui s'adressent directement aux individus et aux juridictions sont « transformables » et doivent être prises en considération par le juge : H. Kraus, « Der deutsche Richter und das Völkerrecht », in : *Festschrift* Laun, p. 228 ; W. Pigorsch, *op. cit.*, p. 82 et 83 ; Th. Maunz et G. Dürig, *Kommentar*, art. 59, anm. 26.

Les partisans de la théorie de l'adoption (*Vollzug*) ont combattu cette opinion traditionnelle pour le motif qu'elle ne permettait pas au juge d'avoir une vue d'ensemble du traité et du caractère synallagmatique des relations qu'il établit : E. Kaufmann, article cité, *R.d.i.*, 1958, p. 384 à 386 ; K.J. Partsch, rapport cité, p. 105 à 109.

(165) Conseil d'État italien, 7 novembre 1962, *Foro it.*, 1963, III, 143.

(166) « Les États membres s'abstiennent d'introduire entre eux de nouvelles restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent ».

(167) « Les États membres s'abstiennent d'introduire entre eux de nouveaux droits de douane à l'importation et à l'exportation ou taxes d'effet équivalent, et d'augmenter ceux qu'ils appliquent dans leurs relations commerciales mutuelles ».

(168) Voy. *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, t. IX, (1963), p. 1 et suiv.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

italienne, aucun problème ne se posait, car l'article 31 devait s'appliquer indépendamment du point de savoir s'il était une source de droits pour les particuliers ; il suffisait que le citoyen directement lésé par un acte administratif contraire au traité ait *intérêt* à invoquer ce vice objectif (169). Pour la juridiction néerlandaise, au contraire, il importait de savoir si l'article 12 était une disposition « obligatoire pour tous les citoyens » (*een ieder verbindend*) au sens de l'article 66 de la constitution, à défaut de quoi, semble-t-il, elle aurait refusé de l'appliquer, même dans le cadre d'un contrôle de légalité objective.

* * *

Une démonstration éclatante du fait que les tribunaux nationaux n'hésitent pas, en cas de doute, à interpréter les traités internationaux comme de nature à engendrer des droits pour les particuliers est fournie par l'arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 21 avril 1983 dans l'affaire *Thonon c/ État belge* auquel je consacrai une note critique.

« Portée et critères de l'applicabilité directe des traités internationaux »,
Revue critique de jurisprudence belge,
1985, pp. 27-42.

NOTE

1. — L'arrêt annoté présente l'intérêt de concerner une hypothèse assez exceptionnelle d'applicabilité directe, puisqu'il s'agissait de savoir si un particulier puisait dans un traité international le droit d'exiger de l'État belge le paiement d'indemnités dues du chef de la confiscation par l'État zaïrois de certains de ses biens. Le problème posé à la Cour n'était donc pas uniquement de savoir si un traité international peut être invoqué pour faire déclarer inapplicable par les tribunaux une disposi-

(169) L'arrêt s'exprime comme suit : « En fait, par la ratification et l'exécution donnée au traité de Rome susmentionné, notre système juridique s'est enrichi d'une disposition qui interdit toute modification apportée à la libération des marchandises consolidées au sens de l'article 31 ; c'est pourquoi le citoyen qui est directement lésé par le refus visant des importations (sur la base d'une circulaire ministérielle arrêtée entretemps), a intérêt à invoquer le vice de cette mesure et de la circulaire sur laquelle elle se base, à défaut d'une disposition légale qui autorise cette limitation ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tion de droit interne qui lui est contraire — ce qui est l'hypothèse qui se présente le plus fréquemment, notamment en droit communautaire — mais il concernait la question plus fondamentale de l'aptitude d'un traité à donner naissance à des droits subjectifs pour les individus.

Un autre motif d'intérêt réside dans le critère utilisé par la Cour : elle affirme que la notion d'applicabilité directe d'un traité implique que l'obligation assumée par l'État « soit exprimée d'une manière complète et précise et que les parties contractantes aient eu l'intention de donner au traité l'objet de conférer des droits subjectifs ou d'imposer des obligations aux individus ». Cette affirmation n'est-elle pas trop générale ? Ne faut-il pas la nuancer pour tenir compte des nombreuses hypothèses dans lesquelles le problème de l'applicabilité directe est susceptible de se poser ?

La présente note est consacrée à l'examen de ces deux questions.

2. — Les faits se présentaient comme suit. En 1973, des mesures dites de « zaïrianisation » ont été prises par le gouvernement de la République du Zaïre. Ces mesures avaient essentiellement pour objet la cession forcée à des nationaux zaïrois de biens appartenant à des personnes physiques ou morales étrangères, moyennant une indemnisation équitable. Annoncées par le président Mobutu dans un discours prononcé le 30 novembre 1973, elles furent organisées notamment par un arrêté interdépartemental du 6 septembre 1974 sur la reprise par des nationaux zaïrois des activités industrielles et commerciales visées par la loi particulière sur le commerce du 5 janvier 1973 et par les mesures économiques décrétées le 30 novembre 1973. Aux termes de cet arrêté, la valeur du bien « requis » devait être payée en zaïres par l'acquéreur à l'ancien propriétaire en dix années à partir du mois de janvier 1976, par versements mensuels ou trimestriels à un compte ouvert au nom du cédant dans une banque zaïroise agréée. L'acquéreur avait la faculté de se libérer anticipativement.

En application de ces mesures, M. Thonon fut contraint de céder à un Zaïrois le commerce qu'il exploitait à Kinshasa.

Le 28 mars 1976 furent signés à Kinshasa, entre le Royaume de Belgique et la République du Zaïre, une « convention générale de coopération » ainsi que plusieurs « protocoles » d'application des principes inscrits dans cette convention. L'un de ces protocoles porte « règlement de l'indemnisation des biens zaïrianisés ayant appartenu à des personnes physiques belges ». Son préambule déclare que « la nouvelle coopération que les deux États désirent établir entre eux implique le règlement des questions soulevées par la zaïrianisation des biens appartenant à des ressortissants belges ». Il a été complété par un échange de lettres, le 28 mars 1976, entre les ministres des Affaires étrangères des deux États.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Le protocole a un double objet qui est défini par l'article 1er :

a) « fixer les *modalités d'évaluation* de la valeur des biens zaïrianisés ayant appartenu à des personnes physiques de nationalité belge » ou à des sociétés de personnes ;

b) « déterminer les *modalités de paiement* de l'indemnisation » de ces biens.

L'article 3 fixe la manière dont la valeur des biens zaïrianisés, formant la base de calcul de l'indemnisation, est déterminée.

L'article 4 fixe les modalités de paiement de l'indemnité. Il prévoit :

1° Que l'indemnité calculée conformément à l'article 3 sera liquidée aux ayants droit par l'État zaïrois, en *vingt ans* (art. 4-1) ;

2° Que l'État zaïrois versera les indemnités à un compte de l'État belge auprès d'une banque zaïroise (art. 4-2) ;

3° Que « l'État belge opérera un *préfinancement* en vue de liquider aux ayants droit, sur une période de *dix ans*, l'ensemble de la contre-valeur actuarielle de ces indemnisations en francs belges » (art. 4-3) ;

4° Que « l'État zaïrois liquidera en conséquence les dix dernières annuités à l'État belge » (art. 4-3).

L'échange de lettres du 28 mars 1976 a précisé les engagements respectifs de l'État belge et de l'État zaïrois sur les points suivants :

1° La contrevaleur en francs belges du bien zaïrianisé est fixée une fois pour toutes au moment de l'évaluation de ce bien.

2° L'État zaïrois, conformément aux dispositions de l'article 4-1 et 2 du Protocole, met chaque année à la disposition de l'État belge la contre-valeur en zaïres de 1/20e du principal tel qu'il a été évalué et un intérêt de 5 p.c.

3° L'État belge, conformément aux dispositions de l'article 4-3, verse aux ayants droit des annuités égales correspondant au dixième du bien évalué. Un intérêt de 5 p.c. est consenti.

4° La Banque du Zaïre et la Banque Nationale de Belgique sont chargées d'arrêter les modalités d'exécution de cet arrangement.

La Convention et ses protocoles annexés furent approuvés par une loi du 16 juillet 1976 (170).

(170) *Moniteur belge* du 28 août 1976.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

L'article 1er de la loi porte que ces actes « sortiront leur plein et entier effet ».

L'article 2 dispose que « les crédits nécessaires à l'exécution de l'article 4, 3e alinéa, du Protocole portant règlement de l'indemnisation des biens zaïrianisés ... et de l'échange de lettres relatif à ce Protocole seront inscrits ... » au budget du ministère des Affaires étrangères, du Commerce extérieur et de la Coopération au Développement.

L'article 3 décide que « l'État belge est subrogé, à concurrence du montant des indemnités préfinancées par lui conformément au protocole visé à l'article 2, aux droits et actions des bénéficiaires de ces indemnités, à l'égard de toute personne physique ou morale ainsi que de l'autorité étrangère, tenue de couvrir l'indemnisation des biens zaïrianisés ».

L'article 4 dispose enfin que le Roi déterminera les modalités d'exécution et prendra les mesures nécessaires à l'exécution des accords approuvés à l'article 1er.

En application de cette disposition, un arrêté royal du 27 juillet 1976 (*Moniteur belge* du 7 septembre 1976) a fixé « les conditions de forme et de délai d'introduction des demandes d'indemnisation du chef de mesures de zaïrianisation ». Il est notamment prévu que « les demandes d'indemnisation basées sur la loi du 16 juillet 1976 ... » (art. 1er) doivent être introduites auprès des administrations belges compétentes avant le 1er janvier 1977, « sous peine de forclusion » (art. 5).

3. — M. Thonon a, conformément aux textes analysés ci-dessus, introduit une demande d'indemnisation. Il fut informé par le ministre des Affaires étrangères de Belgique que les services compétents de l'administration belge avaient établi une fiche d'indemnisation qui fixait l'indemnité à laquelle il avait droit à dix annuités de 1.466.121 FB. La même lettre lui signalait que cette fiche avait été transmise aux autorités zaïroises, lesquelles avaient agréé son dossier, mais que, jusqu'à présent, aucun payement par l'État zaïrois n'était intervenu pour cette affaire.

Faute de recevoir le moindre versement, M. Thonon assigna l'État belge devant le tribunal de première instance de Bruxelles en paiement des cinq premières annuités échues et de dommages-intérêts.

Cette demande était fondée sur le Protocole du 28 mars 1976 et sur la loi du 16 juillet 1976. Selon le demandeur, en effet, tant cet acte international que la loi qui l'avait approuvé lui reconnaissaient un droit subjectif susceptible d'être mis en œuvre contre l'État belge.

L'État belge contesta cette thèse, soutenant que les ressortissants belges dont les biens avaient été zaïrianisés ne pouvaient déduire du Protocole, des lettres échangées et de la loi d'approbation aucun droit civil leur permettant de lui réclamer le paiement des indemnités prévues et concluant, dès lors, à l'incompétence du tribunal saisi.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

« Par jugement du 22 novembre 1979, le tribunal de première instance de Bruxelles rejeta cette défense et se reconnut compétent pour connaître de l'action.

Sur appel de l'État belge, la Cour d'appel de Bruxelles réforma ce jugement par arrêt du 3 février 1982 et se déclara incompétente.

4. — Le raisonnement suivi par la Cour d'appel peut se résumer comme suit. Il commence par analyser la demande de M Thonon comme tendant à obliger l'État belge « à exécuter les obligations qu'en vertu du protocole du 28 mars 1976 et des échanges de lettres subséquents, les gouvernements zaïrois et belge furent convenus d'assumer, mutuellement, dans le cadre de l'indemnisation des biens dont des personnes physiques de nationalité belge ont été dépossédées ». Examinant ensuite les travaux préparatoires de la loi d'assentiment, la Cour croit y relever la preuve d'une volonté de considérer le protocole comme un acte à portée purement internationale, se bornant à créer des droits et des obligations dans les relations entre les parties contractantes. Elle souligne notamment que, selon le rapport de la commission des affaires étrangères de la Chambre des représentants :

> « ... D'une manière générale, la Convention (...) est conforme aux principes selon lesquels un État ne prend pas de mesures visant à s'assurer la propriété de biens, sans une indemnisation. La zaïrianisation correspond à la volonté de l'État zaïrois d'assurer sa pleine souveraineté sur sa politique de développement économique. Celle-ci impliquant également des mesures d'indemnisation, la Belgique est intervenue, *à la fois* pour assurer la défense des intérêts de ses ressortissants et pour aider le Zaïre à mettre en œuvre un élément de sa politique économique. En participant à l'indemnisation, la Belgique contribue à résoudre un problème difficile sans accentuer exagérément l'endettement extérieur de l'État zaïrois » (171).

La Cour épingle aussi la réponse suivante faite par le ministre des Affaires étrangères à une question du sénateur Van Elsen, qui l'interrogeait sur le point de savoir si les obligations assumées par la Belgique n'impliquaient pas la reconnaissance d'une part de responsabilité dans les mesures de nationalisation qui lésaient les intérêts matériels des ressortissants belges :

> « Vous dites — et à cet égard je n'adopte que difficilement votre manière de voir — que le gouvernement belge eût dû faire il y a deux ans ce qu'il fait actuellement. Si je vous comprends bien, vous voulez en quelque sorte insinuer que le gouvernement devait, il y a deux ans déjà, indemniser, en tout ou en partie, les personnes dont les biens ont été zaïrianisés. Sur ce point je ne puis vous suivre. L'histoire de la zaïrianisation ou de la radicalisation

(171) *Doc. parl.*, Chambre, session 1976-1977, *loc. cit.*, p. 4.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

est un cas banal d'expropriation par un pays étranger de biens appartenant à des Belges qui résidaient sur le territoire de cet État. Pour la solution des problèmes relatifs à la zaïrianisation, nous avons exactement adopté la politique que la Belgique a toujours suivie en pareil cas, entre autres, par l'ouverture de négociations et de discussions aux fins d'arriver à un accord avec l'autorité nationalisante.

« À l'égard du Zaïre, nous avons négocié dans ce sens. À ce point de vue, nous sommes arrivés à un meilleur résultat que celui que nous avions pu obtenir d'autres pays. Le but fut atteint dans des délais relativement brefs ... » (172).

La Cour en conclut que les accords du 28 mars 1976 :

« n'ont pas eu pour effet de substituer l'État belge à l'État zaïrois comme débiteur des indemnités, mais de déterminer les obligations incombant aux parties contractantes, l'une à l'égard de l'autre, l'État zaïrois assumant vis-à-vis de l'État belge la charge de l'indemnisation, l'État belge s'engageant, pour sa part, à « préfinancer » celle-ci en vue de liquider aux ayants droit la contre-valeur en francs belges des indemnités, sur une période de dix ans, indemnité que l'État zaïrois remboursera à l'État belge en vingt ans moyennant un intérêt de 5 p.c. sur le principal ».

En effet, poursuit la Cour, le paiement des annuités dans un délai raisonnable était « essentiel pour assurer la conformité des mesures de nationalisation au regard du droit international », un délai plus long étant de nature à donner à l'opération un caractère confiscatoire. La Cour conclut :

« Attendu que les obligations dont l'État belge a expressément accepté la charge, pour les raisons exposées ci-avant, sont définies par le protocole et par les échanges de lettres qui s'y rapportent ; elles n'existent qu'à l'égard des États contractants et non vis-à-vis des anciens propriétaires qui n'y sont point parties ».

La Cour d'appel rejette enfin l'argument de M. Thonon selon lequel la loi d'assentiment aurait eu pour effet de conférer au protocole belgo-zaïrois un effet interne :

« Attendu que, ce faisant, l'intimé se méprend sur la nature et les effets de l'assentiment donné par les Chambres aux traités qui pourraient grever l'État ou lier individuellement des Belges ;

« Attendu que l'acte du pouvoir législatif " doit être compris comme un contrôle préalable à la mise en vigueur des traités ... Ce contrôle s'exprime sous la forme d'une approbation de ce qui a été négocié ou d'une autorisation de faire les actes décisifs qui entraîneront la mise en vigueur internationale du traité " (Prof. Pescatore, cité par le procureur général Ganshof

(172) *Ann. Parl.*, Sénat, session 1975-1976, séance du 23 juin 1976, p. 2676-2677.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

van der Meersch, dans ses conclusions précédant cass., 27 mai 1971, *Bull.*, 1971, I, p. 895) ».

5. — Le problème posé à la Cour de cassation, saisie sur pourvoi de M. Thonon, était donc avant tout un problème d'interprétation. En effet, ainsi que le rappelait M. Thonon, rien ne s'oppose, en droit international, à ce qu'un traité puisse avoir pour objet de régler les droits et obligations réciproques d'un État contractant à l'égard de ses propres nationaux ni, partant, à ce que ce traité fasse naître directement à l'égard de cet État des droits et obligations dans le chef de ses ressortissants. La question était de savoir si, en l'espèce, le protocole belgo-zaïrois avait un tel objet : l'obligation de préfinancement des indemnités dues à des Belges par l'État zaïrois avait-elle été assumée uniquement vis-à-vis de l'État zaïrois, pour aider cet État à remplir ses obligations internationales en matière de nationalisation ? Ou fallait-il considérer que les ressortissants belges, victimes de la zaïrianisation, pouvaient eux-mêmes faire valoir un droit direct contre l'État belge pour recevoir leur dû dans un délai de dix ans, plutôt que de vingt ans ?

La Cour de cassation adopta sur ces questions un point de vue opposé à celui de la Cour d'appel. Constatant que la loi d'assentiment portait que la Convention belgo-zaïroise et les protocoles y annexés « sortiront leur plein et entier effet » et que ces actes, quoique relevant du droit public international, contenaient aussi « des dispositions de droit privé qui, par l'approbation qu'elles ont reçue de la loi, sont entrées dans le droit civil belge et dont il est permis aux nationaux de se prévaloir lorsqu'aucune autre loi ne s'y oppose », la Cour poursuit en affirmant :

> « Que la notion d'applicabilité directe d'un traité envers les nationaux de l'État qui l'a conclu implique que l'obligation assumée par cet État soit exprimée d'une manière complète et précise et que les parties contractantes aient eu l'intention de donner au traité l'objet de conférer des droits subjectifs ou d'imposer des obligations aux individus ».

La Cour considère qu'il ressort *des dispositions* du traité et du Protocole que les obligations assumées par l'État, notamment en matière de préfinancement, n'ont pas été souscrites exclusivement en faveur du Zaïre mais qu'à cette obligation correspondent des droits civils dans le chef des bénéficiaires des indemnités de zaïrianisation. Elle cite en ce sens l'engagement de la Belgique de préfinancer les indemnités de manière telle que les ayants droit puissent en retirer le bénéfice d'être payés en francs belges et sur une période de dix ans :

> « Que cet engagement a été pris non seulement dans l'intention d'aider le Zaïre à honorer ses obligations internationales en matière d'indemnisation de biens nationalisés, mais aussi en vue d'aider les ressortissants belges en

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

leur permettant de recevoir le paiement dans un délai plus bref que celui qui avait été accepté par le Zaïre ;

« Qu'ainsi les ressortissants belges puisent dans le Protocole le bénéfice des droits civils dont ils peuvent demander devant les juridictions belges l'exécution ».

6. — La première question que soulève l'arrêt est celle de la portée de la notion d'applicabilité directe. L'arrêt reprend la définition classique, en affirmant que la notion d'applicabilité directe implique que les parties contractantes aient eu l'intention de conférer des droits subjectifs ou d'imposer des obligations aux individus.

C'est dans l'avis consultatif rendu le 3 mars 1928 par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire de la compétence des tribunaux de Dantzig (173) que le problème de l'applicabilité directe a pour la première fois été posé dans la jurisprudence internationale. Il s'agissait de savoir si des employés de chemin de fer pouvaient réclamer le bénéfice des dispositions d'un accord passé entre la Ville libre de Dantzig et la Pologne, même en l'absence de toute mesure d'exécution prise par la Pologne. La Cour répondit par l'affirmative :

« Le point litigieux revient donc à ceci : Le Beambtenabkommen, tel qu'il est, fait-il partie du complexe des dispositions qui régissent les rapports juridiques entre son service (contrat de service) ? La réponse à cette question dépend de l'intention des Parties contractantes. On peut facilement admettre que, selon un principe de droit bien établi, le Beambtenabkommen, accord international, ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers. Mais on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des Parties contractantes, puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux ».

Dans ses premiers arrêts relatifs à l'applicabilité directe du droit communautaire, la Cour de justice des Communautés européennes s'est inspirée d'une conception analogue. Pour elle, l'applicabilité directe confère aux particuliers un « droit que les juridictions nationales doivent sauvegarder » (174).

Certains en ont déduit que lorsque l'objet d'un accord international n'est pas de conférer des droits ou d'imposer des obligations aux particuliers, les tribunaux n'ont pas à en connaître (175).

(173) Cour permanente de justice internationale, *Publications*, Série B, n° 15, p. 17 et 18.

(174) Voy. notamment en ce sens l'arrêt du 5 février 1963, aff. 26/62, Van Gend en Loos, *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, IX, p. 3.

(175) F. Mûuls, « Le traité international et la Constitution belge », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1934, p. 451, 482 à 486 ; *Répertoire pratique de droit belge*,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La doctrine la plus récente reconnaît que cette définition est trop étroite. Il existe en effet de nombreuses situations dans lesquelles des dispositions conventionnelles internationales sont susceptibles de trouver application sur le plan interne alors même qu'elles ne donnent pas naissance à des droits ou à des obligations pour les particuliers. Il en est notamment ainsi lorsque le particulier, sans revendiquer personnellement aucun « droit », se borne à soulever l'incompatibilité d'une mesure arrêtée par la puissance publique avec les dispositions d'un traité international (176).

L'étude de la jurisprudence montre que les tribunaux n'hésitent pas à appliquer directement des dispositions qui imposent des obligations précises et inconditionnelles à l'État, sans rechercher si les individus en retirent un droit. Ainsi, par un arrêt du 5 mai 1908, le Reichsgericht affirmait qu'un traité d'extradition passé avec la Belgique devait être appliqué d'office, nonobstant le fait que, comme le reconnaissait par ailleurs le Reichtsgericht, ce traité n'avait donné naissance à aucun droit pour l'extradé ; en conséquence, il annulait les poursuites intentées en contravention avec le traité (177). De même, un arrêt de la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris a permis à un ressortissant thaï et à un Chinois d'opposer aux poursuites dont ils faisaient l'objet les « normes et pratiques recommandées » adoptées par le Conseil de l'Organisation de l'aviation civile internationale, nonobstant le fait que ces « normes et pratiques recommandées » ne donnent naissance à aucun droit pour les individus (178).

On voit par conséquent que la notion d'applicabilité directe a une portée plus étendue que la simple aptitude à créer des droits ou à

---

v° *Traités internationaux*, n° 299 ; J. Masquelin, « L'action réciproque des traités et des lois », *Annales de droit et de sciences politiques*, 1953, t. XIII, n° 52, p. 133, 148-149 ; *id.*, « Le contrôle et l'application des traités par les organes juridictionnels internes », *Annales de droit et de sciences politiques*, 1955, t. XV, n° 1, p. 3, 7 ; F.J.M. Duynstee, « Het staatsrecht der buitenlandse betrekkingen », *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Jaarboek*, Zwolle, 1958-1959, t. VII, p. 45, 89 ; F. Rigaux, « Le problème des dispositions directement applicables (self-executing) des traités internationaux et son application aux traités instituant les Communautés », *Deuxième Colloque international de droit européen*, La Haye, 1963, Zwolle, 1966, p. 159, 170 ; M. Sørensen, « Die Verpflichtungen eines Staates im Bereich seiner nationalen Rechtsordnung auf Grund eines Staatsvertrags ». in *Menschenrechte im Staatsrecht und im Völkerrecht*, Karlsruhe, 1967, p. 15, 25-26.

(176) M. Waelbroeck, *Traités internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché commun*, Paris et Bruxelles, 1969, p. 170-172 ; *id.*, « Effets internes des obligations imposées à l'État », *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, t. II, Bruxelles, 1972, p. 567 et suiv. ; A. Bleckmann, *Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge*, Berlin, 1970, p. 71-76 ; F. Dumon, « La notion de " disposition directement applicable " en droit européen », *Cahiers de droit européen*, 1968, p. 369, 381 ; J. Verhoeven, « La notion d'" applicabilité directe " du droit international », *Revue belge de droit international*, 1980-2, p. 243, 264.

(177) *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, t. 41, p. 272.

(178) 8 juin 1971, *Gazette du Palais*, 8-9 décembre 1971. Voy. à ce sujet : H. Rolin, « La portée juridique des annexes à la Convention de Chicago — un désaccord entre les jurisprudences française et belge », *Révue belge de droit international*, 1973-2, p. 403 et suiv.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

imposer des obligations aux particuliers. Un traité international est directement applicable chaque fois qu'il impose aux États contractants des obligations suffisamment claires et précises pour qu'elles puissent être invoquées devant les tribunaux nationaux, soit au titre d'un droit ou d'une obligation propres, soit en vue de faire constater l'illégalité d'une mesure — qu'elle soit d'origine privée ou publique — incompatible avec elle.

Cet élargissement de la notion d'applicabilité directe a été reconnu par la Cour de justice des Communautés européennes. Dans ses arrêts plus récents, celle-ci considère que le propre de la disposition directement applicable est de pouvoir être « invoquée en justice », que ce soit pour revendiquer un droit propre ou pour faire contrôler la conformité au droit communautaire de mesures étatiques (179).

7. — En l'occurrence, l'utilisation par la Cour de cassation du critère de l'aptitude à conférer des droits subjectifs ou d'imposer des obligations aux individus se justifiait par la nature de la question qui lui était soumise. En effet, il ne s'agissait pas uniquement de contrôler la compatibilité avec un traité international d'une mesure de droit interne, mais de savoir si la prétention de M. Thonon à se voir payer par l'État belge les indemnités dues par l'État zaïrois était fondée. Il s'agissait donc bien de déterminer si M. Thonon était titulaire d'un droit subjectif à l'encontre de l'État belge.

Dès lors, si la formule utilisée par l'arrêt annoté apparaît trop générale, dans la mesure où elle pourrait faire croire que la création de droits subjectifs ou d'obligations pour les individus est inséparable de la notion d'applicabilité directe, elle n'en était pas moins justifiée en l'espèce.

8. — Nous en venons ainsi à la deuxième question soulevée par l'arrêt : celle du critère à utiliser pour déterminer si une disposition conventionnelle est ou non directement applicable.

Sur ce point aussi, la Cour de cassation se rallie à l'enseignement de l'avis consultatif relatif à la compétence des tribunaux de Dantzig : elle estime qu'il y a lieu de rechercher l'intention des parties contractantes.

S'il s'agit là incontestablement d'un critère important, une étude de la jurisprudence comparative montre que les tribunaux sont loin de toujours subordonner la reconnaissance de l'applicabilité directe à la

(179) Voy. notamment Cour de just., 4 décembre 1974, aff. 41/74, Van Duyn, *Rec.*, 1974, p. 1337, 1348-1349 ; *J.T.*, 1975, p. 152, note R.Ch. Goffin ; 1er février 1977, aff. 51/76, Verbond der Nederlandse Ondernemingen, *Rec.*, 1977, p. 113, 127 ; 23 novembre 1977, aff. 38/77, Enka, *Rec.*, 1977, p. 2203, 2212.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

preuve que celle-ci a été voulue par les auteurs du traité (180). En réalité, les conditions exigées par les tribunaux pour que la norme internationale puisse être appliquée directement par eux varient selon la façon dont le problème leur est posé (181). Ils se montreront plus exigeants lorsque la disposition conventionnelle est invoquée comme fondement d'une prétention contre l'État ou contre un individu que lorsqu'il s'agit de faire déclarer invalide une mesure qui lui est contraire (182). Dans ce dernier cas, les tribunaux n'auront pas à rechercher si les auteurs du traité ont eu l'intention de permettre qu'il soit invoqué devant les tribunaux internes. Ainsi, dans un arrêt du 16 février 1970, la Cour de cassation a accepté de contrôler la conformité d'un acte interne à une disposition internationale non directement applicable (183). Une telle façon de procéder est justifiée : en effet, dans la mesure où la disposition internationale limite la liberté d'action de l'État, rien n'interdit aux tribunaux internes de vérifier que l'État est demeuré à l'intérieur des limites ainsi tracées, sans qu'il lui importe de savoir quelle a été à cet égard l'intention des négociateurs (184).

Dans la même veine, la Cour constitutionnelle italienne a admis la possibilité de contrôler la conformité des lois aux dispositions « programmatrices » de la constitution :

> « ... la distinction bien connue entre normes préceptives et normes programmatrices peut certes être déterminante pour décider s'il y a lieu de considérer qu'une loi est abrogée ou non, mais elle n'est pas décisive lorsqu'il s'agit du contrôle de constitutionnalité, étant donné que l'inconstitutionnalité d'une loi déterminée peut dans certains cas dériver de sa contrariété avec des normes dites programmatrices » (185).

À l'encontre de l'emploi généralisé du critère de l'intention des parties, on a fait valoir avec raison que, bien souvent, les négociateurs d'un traité international ne se soucient guère du point de savoir si celui-ci sera appliqué *directement* par les tribunaux des États contractants ; la seule chose qui les intéresse est que le traité fasse l'objet d'une application effective, sans qu'il leur importe que cette application se fasse de

(180) M. Waelbroeck, *Traités internationaux et juridictions internes*, p. 168 à 180 ; A. Bleckmann, *op. cit.*, p. 165 et suiv. ; A. Koller, *Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge*, Berne, 1971, p. 102-104 ; L. Condorelli, *Il giudice italiano e i trattati internazionali*, Padoue, 1974, p. 79-85. Assez curieusement, J. Verhoeven, article cité, p. 257 et suiv. s'en tient rigoureusement au critère de l'intention des parties contractantes.

(181) A. Bleckmann utilise à cette occasion l'expression « Prozesspositionen » : *op. cit.*, p. 69-92.

(182) A. Bleckmann, *op. cit.*, p. 74-77.

(183) Cass., 16 février 1970, *Pas.*, 1970, I, 533 ; voy. à ce sujet la Chronique de J. Verhoeven in *Revue belge de droit international*, 1972-2, p. 673.

(184) Voy. dans ce sens l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire Verbond der Nederlandse Ondernemingen citée ci-dessus.

(185) Cour constitutionnelle italienne, 14 juin 1956, n° 1, *Giustizia civile*, 1956, LIII.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

manière directe ou seulement après l'adoption de mesures internes d'exécution (186). Ce n'est qu'exceptionnellement que l'intention de conférer directement des droits aux individus apparaît clairement des travaux préparatoires du traité : un exemple célèbre est celui de la Convention européenne des droits de l'homme (187). Exiger la preuve d'une intention de conférer des droits ou d'imposer des obligations aux particuliers aboutirait à n'admettre l'applicabilité directe que dans des cas très rares.

Mais lorsque le problème soumis au juge national consiste à savoir s'il découle de la norme internationale une obligation à charge des particuliers, ou un droit en leur faveur, un degré plus grand de certitude quant à l'intention de lui reconnaître des effets directs sera exigé avant qu'elle puisse être appliquée (188).

Un arrêt de la Cour de cassation du 3 octobre 1957 nous en fournit une illustration frappante (189). Il s'agissait de savoir si les normes et pratiques recommandées, adoptées par l'Organisation de l'aviation civile internationale sous forme d'annexes à la Convention de Chicago du 7 décembre 1944 instituant l'O.A.C.I., pouvaient être invoquées par l'État belge pour faire interdire la construction d'un immeuble à proximité d'un aéroport. Tout en constatant que la Convention de Chicago avait été approuvée par une loi et que la Belgique s'était ainsi engagée à incorporer dans sa législation nationale les dispositions de la Convention et des annexes qui l'ont complétée, la Cour estime qu'« il ne résultait pas de cette loi que les servitudes à établir en vertu de ladite Convention ou des annexes devenaient de plein droit applicables en Belgique, ni que (l'État belge et la Régie des voies aériennes) pouvaient en imposer le respect aux particuliers ... ». Si l'on compare cet arrêt à celui de la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris mentionné plus haut (190), on aura la confirmation de ce que l'applicabilité directe n'est pas une qualité inhérente à la norme internationale mais est susceptible de varier selon la façon dont le problème est posé au juge national.

S'agit-il de permettre à un individu de l'invoquer pour s'opposer à l'application d'une règle nationale qui lui est contraire : on l'appliquera à la seule condition qu'elle soit libellée en termes suffisamment précis et

(186) Conclusions du procureur général Langemeijer avant l'arrêt du Hoge Raad des Pays-Bas du 1er juin 1956, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1958, n° 424 ; P. Pescatore « Le problème des dispositions directement applicables (self-executing) des traités internationaux et son application aux traités instituant les Communautés », *Deuxième Colloque international de droit européen*, La Haye, 1963, Zwolle, 1966, p. 137, 151, 155-156 ; A.J.P. Tammes, « "Een ieder verbindende" verdragsbepalingen », *Nederlandse Juristenblad*, 1962, p. 89, 96.

(187) Voy. notamment T. Buergenthal, *The Effect of the European Convention on Human Rights on the Internal Law of Member States*, *The European Convention on Human Rights*, Londres, 1965, p. 79, 81-82.

(188) C. Fabozzi, *op. cit.*, p. 124.

(189) *Pas.*, 1958, I, 88.

(190) 8 juin 1971, *Gazette du Palais*, 8-9 décembre 1971.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

contraignants. S'agit-il au contraire de savoir s'il en découle directement des droits subjectifs ou des obligations pour les individus sans qu'aucune intervention complémentaire du législateur national soit requise : on examinera si telle était bien, en l'occurrence, l'intention commune des parties contractantes.

La doctrine s'est posé la question de savoir s'il existe une présomption en faveur de l'applicabilité directe des traités internationaux (191). Selon de nombreux auteurs, la réponse est négative, tout au moins en ce qui concerne les traités internationaux de type classique ; ce ne serait que dans le cas du droit communautaire qu'une présomption en faveur de l'applicabilité directe pourrait être admise (192). À notre avis, le problème est mal posé. La plupart du temps, les tribunaux appliquent les traités sans se soucier de leur applicabilité directe. Devant trancher les litiges qui leur sont soumis, ils font appel à tous les éléments de droit qui leur paraissent susceptibles d'être utilisés à cette fin, sans opérer de distinction fondamentale selon que certains de ces éléments relèvent de l'ordre international plutôt que de l'ordre interne. À cela s'ajoute qu'en tant qu'organes étatiques, ils s'efforcent d'éviter d'engager la responsabilité internationale de celui-ci en donnant, dans toute la mesure possible, aux règles qu'ils appliquent une interprétation conforme aux obligations internationales de l'État (193). Il s'ensuit que le fait que le traité, selon ses termes, ne s'adresse qu'aux États contractants n'a généralement pas été considéré comme une raison suffisante de ne pas lui reconnaître d'effets internes (194). De même, le fait que les négociateurs ont eu recours à des expressions telles que « les parties contractantes s'engagent à ... » ou « assureront ... » ou « s'abstiendront de ... » n'a, lui non plus, généralement pas été considéré comme faisant obstacle à l'applicabilité directe (195).

Si l'on constate souvent de la part des tribunaux une tendance à donner application aux dispositions des traités sans s'interroger sur leur caractère directement applicable, il serait excessif de parler d'une « présomption » en faveur de l'applicabilité directe. En effet, lorsque la question est de savoir si le traité peut être invoqué non pas simplement pour faire échec

(191) Voy. à ce sujet les conclusions précitées de l'Avocat général Langemeijer avant Hoge Raad, 1er juin 1956, *Nederlandse jurisprudentie*, 1958, nº 424, P. Pescatore, rapport précité, p. 157 ; A. Koller, *op. cit.*, p. 112-113.

(192) F. Rigaux, Note sous l'arrêt Van Gend en Loos de la Cour de justice des Communautés européennes, *J.T.*, 1963, p. 190 ; *id.*, rapport cité, p. 166 et 184 et suiv. ; A. Jacomet, Rapport français au *Deuxième Colloque international de droit européen*, *La Haye*, 1963, Zwolle, 1966, p. 235, 253 ; E. Suy, *Les rapports entre le droit communautaire et le droit interne des États membres*, Heule, 1964, p. 15-17 ; P. Foriers, « Les antinomies entre dispositions de droit communautaire et dispositions de droit interne », in : *Les antinomies en droit*, Bruxelles, 1965, p. 320, 325.

(193) Sur ce principe de l'« interprétation conforme », voy. notamment L. Condorelli, *op. cit.*, p. 89-93 ; M. Waelbroeck, *Traités internationaux et juridictions internes*, p. 179.

(194) Voy. en ce sens A. Koller, *op. cit.*, p. 107-109.

(195) Voy. M. Waelbroeck, *op. cit.*, p. 178, et les références citées.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

à l'application d'une mesure nationale qui lui est contraire, mais pour fonder l'existence d'un droit subjectif ou d'une obligation, la réponse ne pourra être donnée qu'après avoir recherché l'intention réelle des parties contractantes ; l'emploi d'une présomption favorable à l'applicabilité directe aboutirait dans ce cas à des résultats peu équilibrés.

9. — L'espèce tranchée par l'arrêt annoté était précisément une de celles dans lesquelles la recherche de l'intention des parties contractantes était indispensable pour permettre d'aboutir à une solution correcte. Il s'agissait en effet de savoir si l'engagement pris par la Belgique de préfinancer le règlement de l'indemnité due du chef de la zaïrianisation valait uniquement sur le plan des relations internationales ou s'il donnait également naissance à des droits directs des victimes de la zaïrianisation à l'encontre de la Belgique. À la simple lecture de la convention, on aurait pu considérer que l'engagement de préfinancement pris par la Belgique visait uniquement à aider le Zaïre à honorer ses obligations internationales en permettant une indemnisation plus rapide que celle qu'il était en mesure d'offrir. La recherche de la volonté réelle des parties contractantes était donc indispensable.

L'examen des travaux préparatoires de la loi d'assentiment montre que l'objectif poursuivi n'était pas uniquement d'assurer la conformité des mesures de nationalisation au regard du droit international, mais aussi de reconnaître aux ressortissants belges un droit à indemnisation contre leur État. Ainsi, il apparaît que, dans un exposé liminaire à la Commission des Affaires étrangères de la Chambre, le ministre s'est exprimé comme suit :

> « En soumettant ces textes à l'approbation du Parlement, le Gouvernement belge a introduit dans le projet de loi les dispositions nécessaires pour permettre à nos compatriotes qui ont été zaïrianisés de recevoir le paiement de l'indemnisation à laquelle ils ont droit en dix ans au lieu de vingt annuités prévues à charge du Zaïre » (196).

Répondant à un sénateur qui, en commission, avait exprimé le sentiment que « l'État belge (était) resté en défaut en ce qui concerne la protection de nos concitoyens », le ministre attira l'attention « sur le fait que l'État (consentait) un sacrifice en faveur de bon nombre de nos compatriotes en étalant le paiement de l'indemnisation sur une période de dix ans alors que le recouvrement de ces sommes auprès de la République du Zaïre est étalé sur vingt ans » (197). Il résulte de ces déclarations que le préfinancement accepté par l'État belge était autant une disposition prise en faveur de l'État zaïrois, pour l'aider à respecter ses obligations internationales, qu'une disposition prise en faveur de ceux dont les biens avaient été zaïrianisés.

(196) *Doc. parl.*, Chambre, session 1975-1976, n° 880-3, p. 2.
(197) *Doc. parl.*, Sénat, session 1975-1976, n° 897-2, p. 2-3.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Un autre élément favorable à la thèse défendue par M. Thonon pouvait être dégagé de l'arrêté royal du 27 juillet 1976 fixant les conditions de forme et de délai d'introduction des demandes d'indemnisation. En prévoyant les règles à suivre pour l'introduction des demandes et en frappant de déchéance les demandes introduites après le 31 décembre 1976, cet arrêté marquait clairement la volonté de créer des droits à l'encontre de l'État belge.

Outre les travaux préparatoires de la Convention belgo-zaïroise et les dispositions internes prises par la Belgique pour y donner effet, l'économie même de la Convention conduisait à admettre son applicabilité directe. En effet, la seule façon dont la Belgique pouvait s'acquitter de son obligation envers le Zaïre était par le règlement en dix annuités des indemnités que le Zaïre s'apprêtait à payer en vingt ans. La reconnaissance aux propriétaires de biens zaïrianisés d'un droit subjectif contre l'État belge était nécessaire si l'on voulait permettre l'exécution de l'obligation internationale assumée par la Belgique envers le Zaïre, à savoir assurer la conformité de la zaïrianisation aux règles du droit des gens. Dès lors, on peut même s'interroger sur l'utilité en l'espèce d'une étude des travaux préparatoires, l'intention des parties contractantes ressortant de l'économie même des dispositions dont elles étaient convenues.

Quoi qu'il en soit, on ne saurait contester que la solution retenue par la Cour de cassation sur ce point était la seule correcte, et l'on s'étonne même que tant l'État belge que la Cour d'appel aient pu être d'un avis opposé.

10. — Nous ne saurions terminer cette note sans exprimer notre perplexité au sujet de l'attendu qui précède immédiatement celui que nous avons longuement analysé. La Cour y affirme

> « que, bien que le Traité et le Protocole soient des actes de droit public international, ces actes contiennent aussi des dispositions de droit privé qui, par l'approbation qu'elles ont reçue de la loi, sont entrées dans le droit civil belge et dont il est permis aux nationaux de se prévaloir lorsqu'aucune loi ne s'y oppose ».

Cette formulation appelle de grandes réserves. Tout d'abord, elle semble indiquer que l'approbation *par une loi* est nécessaire pour qu'un traité international puisse être appliqué par les tribunaux. C'est évidemment une erreur.

L'article 68, alinéa 2, de la Constitution ne précise pas dans quelle forme doit être donné l'assentiment des Chambres aux traités qui y sont énumérés. Si la pratique généralement adoptée consiste dans le vote d'une loi, rien n'empêcherait que l'assentiment soit donné sous forme de simple résolution. Le traité ainsi approuvé serait incontestablement pleinement efficace dans la sphère interne. Cette vérité a été reconnue dès 1904 lors du débat concernant la loi d'approbation des Conventions

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de La Haye du 12 juin 1902 sur les conflits de lois en matière de mariage et de divorce et sur la tutelle des mineurs (198).

Le sénateur Henri Rolin eut l'occasion de la rappeler en 1934 dans son rapport au nom des commissions réunies des affaires étrangères et de l'instruction publique chargées d'examiner le projet de loi portant approbation de la Convention internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (199). Les avantages pratiques d'un assentiment donné sous forme de résolution furent soulignés par une commission présidée par le comte Henri Carton de Wiart et composée de Messieurs Paul De Visscher, W. J. Ganshof van der Meersch, F. Mûuls et Henri Rolin en 1951 (200). Ils furent rappelés lors d'un colloque organisé par les Centres de droit international des Universités de Bruxelles et de Louvain les 6 et 7 mai 1965 sur l'adaptation de la Constitution belge aux réalités internationales (201).

Dans ces conditions on s'étonne que, dans l'arrêt annoté, la Cour de cassation paraisse vouloir rattacher la force obligatoire interne à l'existence d'une *loi* d'approbation.

Les termes employés par l'arrêt suscitent une deuxième réserve : la Cour paraît considérer que, si le traité a force obligatoire pour les tribunaux, c'est parce que les « dispositions de droit privé » qu'il contient « sont entrées dans le droit civil belge ».

Or, depuis les arrêts des 16 janvier et 12 mars 1968 (202), l'on pouvait penser qu'il était acquis que l'assentiment des Chambres n'a pas pour effet de « faire entrer » le traité dans le droit interne, mais de le rendre applicable tel quel, en tant qu'acte international, par les tribunaux. La Cour y affirmait en effet « que la loi d'approbation ... ne contient pas de norme juridique ». Elle constitue, comme l'a lumineusement démontré M. le procureur général Ganshof van der Meersch, un acte de haute tutelle destiné à permettre au Roi de lier définitivement la Belgique par la ratification. Une fois ratifié, le traité sera appliqué par les tribunaux en tant qu'acte international, et non en tant que « transformé » ou « intégré » dans le droit interne par l'acte d'assentiment (203).

(198) *Doc. parl.*, Chambre, session 1903-1904, p. 409.

(199) *Doc. parl.*, Sénat, session 1933-1934, n° 97.

(200) Sur les travaux de cette commission, voy. : H. Rolin, « Le contrôle parlementaire de la politique internationale », *Le contrôle parlementaire de l'action gouvernementale*, Bruxelles, 1957, pages 89, 92-93 ; P. De Visscher, note, *J.T.*, 1956, page 339 ; W.J. Ganshof van der Meersch, « Henri Rolin et les relations internationales », *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, 1964, XL, XLVIII et XIL ; P.-F. Smets, *L'assentiment des Chambres législatives aux traités internationaux*, Bruxelles, 1964, p. 43-45.

(201) Voy. notamment le rapport de P. De Visscher et P.-F. Smets, *L'adaptation de la Constitution belge aux réalités internationales*, Bruxelles, 1966, p. 19-21.

(202) *J.T.*, 1968, p. 113 et p. 290. Voy. à ce sujet : W.J. Ganshof van der Meersch, « Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution », *J.T.*, 1968, p. 485, 487-489.

(203) W.J. Ganshof van der Meersch, Mercuriale citée, p. 489.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Mais il est une critique plus grave qui peut être faite à l'encontre de la formulation de l'arrêt : il paraît résulter de celle-ci que les nationaux ne peuvent se prévaloir des dispositions d'un traité que « lorsqu'aucune autre loi ne s'y oppose ». Or, il est unanimement admis qu'une fois revêtu de l'assentiment des Chambres, le traité est pleinement applicable en droit interne, même lorsqu'il a pour effet de déroger aux lois existantes : ainsi que la Cour de cassation l'a reconnu dans un arrêt du 6 janvier 1925, le traité international « arrête les effets » des dispositions législatives antérieures (204). Ce ne sont donc pas les lois antérieures au traité que la formulation utilisée par la Cour de cassation entend réserver.

S'agit-il alors des lois *postérieures* ? Notre Cour suprême a-t-elle entendu revenir sur sa jurisprudence « Le Ski » (205) ? Un tel revirement aurait des conséquences déplorables en ce qui concerne la participation de la Belgique aux relations internationales et tout spécialement aux Communautés européennes.

C'est pourquoi nous sommes personnellement convaincu qu'il ne s'agit que d'une rédaction malheureuse et non d'une volonté délibérée de modifier une jurisprudence qui avait placé la Belgique au premier rang des pays soucieux d'assurer la pleine exécution de leurs obligations internationales (206).

* * *

La constatation selon laquelle les juridictions nationales ne sont nullement réticentes à l'égard des traités internationaux a marqué mon approche du problème en droit communautaire. Ainsi, dans un rapport — demeuré non publié — préparé dans le cadre des travaux de l'Association belge de droit européen à une époque où l'affaire *Van Gend*

(204) *Pas.*, 1925, I, p. 101. Voy. aussi R. Hayoit de Termicourt, « Le conflit " Traité-loi interne " », *J.T.*, 1963, p. 482.

(205) Arrêt du 27 mai 1971, *Bull. cass.*, 1971, p. 886 ; *J.T.*, 1971, p. 471 ; *Cah. dr. eur.*, 1971, p. 562, 564, note P. Pescatore.

(206) Cette prévision s'est avérée fondée. Le 4 avril 1984, dans deux espèces similaires, la Cour de cassation a intégralement repris la formule de l'arrêt *Le Ski* pour décrire les effets produits par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme :

« Attendu qu'en cas de conflit entre une norme d'un traité international qui, telle cette disposition, a des effets directs dans l'ordre juridique applicable en Belgique, et une norme de droit interne, la norme établie par le traité doit prévaloir ; que la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel et entraîne pour le juge qui serait amené à constater pareil conflit l'obligation d'écarter l'application de la norme de droit interne ».

La Cour ajoute que la volonté « manifestée par le législateur au cours des travaux préparatoires du Code judiciaire ne saurait prévaloir sur les exigences découlant de l'article 6, par. 1er, de la Convention ».

On ne saurait assez se féliciter de cette mise au point nette et ferme.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

en Loos était pendante devant la Cour de justice, j'avais prédit que la Cour reconnaîtrait l'effet direct de l'article 12 du traite C.E.E. (207). Il me paraissait inconcevable que la Cour retienne la thèse avancée par les gouvernements intervenus dans la procédure, et reprise par l'avocat général Roemer, selon laquelle l'article 12 engendrait uniquement une obligation interétatique et n'était pas susceptible d'être invoqué devant les juridictions des États membres. C'est pourquoi la partie de la motivation de l'arrêt dans laquelle la Cour souligne avec insistance la spécificité du droit communautaire par rapport au droit international me semblait superfétatoire.

Dans les années qui suivirent, la doctrine s'efforça d'appliquer les critères de l'arrêt *Van Gend en Loos* aux autres dispositions du traité C.E.E., afin de repérer celles aptes à produire des effets directs. Dans une conférence faite le 12 février 1966 à la Faculté de droit de la Katholieke Universiteit van Leuven sur l'application du droit communautaire par le juge national, je me livrai à cet exercice. À cette occasion, il me parut opportun de distinguer parmi les articles du traité ceux qui énoncent des interdictions à l'intention des États membres de ceux qui donnent naissance pour eux à de véritables droits subjectifs ou leur imposent directement des obligations.

« L'application du droit communautaire par le juge national »,
De individuele Rechtsbercherming in de Europese Gemeenschappen,
Anvers, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1967, pp. 169-182.

Je dois vous parler de l'application du droit communautaire par le juge national. Afin d'éviter de redire ce qu'a dit M. le professeur Van Hecke, nous nous sommes entendus pour que je parle des problèmes spécifiques que pose l'application du droit communautaire, c'est-à-dire d'une part du droit issu des traités directement, et d'autre part, du droit contenu dans les actes qui peuvent être pris par les institutions communautaires pour la mise en œuvre des dispositions des traités. À cet effet, je diviserai mon exposé en deux parties : dans la première partie, j'envisagerai le problème de l'application directe des dispositions des traités eux-mêmes et plus particulièrement du traité instituant la Communauté économique européenne, car il s'agit du traité qui pour la pratique est de loin le plus important ; la deuxième partie de mon exposé sera consacrée

(207) Rappelons que cette disposition prévoyait que « les États membres s'abstiennent d'introduire entre eux de nouveaux droits de douane à l'importation et à l'exportation ou taxes d'effet équivalent, et d'augmenter ceux qu'ils appliquent dans leurs relations commerciales mutuelles ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

aux problèmes généraux que posent l'application des actes pris par les institutions communautaires.

En ce qui concerne l'application par les juges nationaux des dispositions du traité C.E.E., on peut distinguer deux catégories de dispositions. Une première catégorie énonce des interdictions à l'intention des États membres, sans autre précision, et le problème qui se pose alors est de savoir si les individus peuvent bénéficier de certains droits en contrepartie de ces obligations. La deuxième catégorie de dispositions comprend celles qui ne se limitent pas à imposer des obligations aux États, mais vont plus loin et imposent des obligations ou accordent des droits d'une manière explicite aux individus.

Je vais commencer par analyser les dispositions qui contiennent une interdiction adressée aux États, et je crois qu'on ne saurait mieux faire, afin de montrer les problèmes pratiques qui se posent, que de prendre le traité C.E.E. et d'examiner les unes après les autres les dispositions qui ont donné lieu à des décisions jurisprudentielles, ou dont l'applicabilité par les tribunaux est discutée à l'heure actuelle.

La première disposition du traité qui impose des interdictions aux États membres, est l'article 12 aux termes duquel : « Les États membres s'abstiennent d'introduire entre eux de nouveaux droits de douane à l'importation et à l'exportation ou taxes d'effet équivalent et d'augmenter ceux qu'ils appliquent dans leurs relations commerciales mutuelles ». Il s'agit de ce qu'on appelle une clause de stand-still : il est interdit de rendre plus restrictifs les droits de douane soit à l'importation, soit à l'exportation, soit les taxes qui ont le même effet qu'un droit de douane ; ceci vaut, bien entendu, dans les relations entre États membres exclusivement. Cet article 12 ne vise explicitement que les États membres ; il se borne à leur interdire certains comportements. Le problème s'est posé de savoir si les individus pouvaient se prévaloir de cette disposition devant les juridictions internes. La Tariefcommissie, tribunal néerlandais, saisie du recours d'un importateur, a renvoyé à la Cour de Justice des Communautés, par le mécanisme de la question préjudicielle, la question de savoir si l'article 12, quoique adressé uniquement aux États, avait également pour objet de permettre aux individus d'en revendiquer le bénéfice devant les tribunaux internes, en vue de faire déclarer nulle une imposition basée sur un droit de douane majoré contrairement à l'obligation imposée aux États. La Cour de Justice, dans son arrêt, contrairement aux conclusions de l'avocat général Roemer, qui était d'avis que l'article 12 engendrait uniquement des obligations entre États et ne faisait pas naître de droits pour les individus, a décidé que l'article 12, par delà les États, visait également les ressortissants de la Communauté ; dans des considérants assez développés, elle a montré qu'en vertu du traité C.E.E., des droits pouvaient naître pour les individus non seulement lorsqu'une

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

attribution explicite leur en a été faite par le traité, mais également lorsque le traité impose de façon inconditionnelle aux États une obligation de ne pas faire. Dans un cas pareil, dit la Cour, l'individu a le droit, si l'État viole cette obligation, d'invoquer cette violation à l'appui d'un recours devant les tribunaux nationaux (208). Cet arrêt a « fait beaucoup de bruit », pour m'exprimer familièrement ; toutefois, je me demande si ce n'est pas un peu à tort ; on perd souvent de vue en effet que quelque temps auparavant, un problème tout à fait analogue s'était posé devant le Conseil d'État italien et avait été résolu de façon identique sans que personne ne s'en émeuve.

Ce problème ne concernait pas l'article 12, mais l'article 31, auquel nous allons maintenant passer, et qui impose le stand-still pour les restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation. Selon cette disposition, les États membres s'abstiennent d'introduire entre eux de nouvelles restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent. Des importateurs italiens de farine sucrée s'étaient vu refuser le droit d'importer une certaine quantité de farine par des restrictions quantitatives nouvelles prises par un décret ministériel postérieurement à l'entrée en vigueur du traité. Les intéressés s'adressèrent au Conseil d'État italien, lequel sans même considérer qu'il y avait un problème et sans renvoyer la question à la Cour de Justice des Communautés, décida que l'article 31 avait introduit dans l'ordre juridique italien une interdiction de créer des restrictions nouvelles, et que cette interdiction ayant force de loi, tout décret qui y contreviendrait serait illégal et dès lors annulable (209). Le Conseil d'État italien a considéré comme une chose tout à fait naturelle d'annuler les arrêtés ministériels en question, pour violation de l'article 31 du traité intégré dans la législation italienne par l'effet de la loi d'approbation du traité. Donc vous voyez que cette affaire met en cause le même problème que celui qui s'était posé en ce qui concerne l'article 12 à la Cour de Justice. Pour le résoudre, la juridiction d'un pays dont le moins qu'on puisse dire est que sa jurisprudence récente n'a pas été empreinte de l'esprit le plus communautaire possible a cependant considéré qu'il allait de soi que l'article 31 pouvait être invoqué par un individu. Quelle est la raison de cette attitude du Conseil d'État italien ? À mon avis, on peut la rechercher dans une distinction entre le droit et l'intérêt. Pour pouvoir demander l'annulation d'un arrêté ministériel en droit administratif italien, il n'est pas nécessaire de démontrer qu'on a un droit subjectif qui a été violé ; il suffit qu'on ait intérêt à demander cette annulation et que l'acte soit illégal. Dès lors, le Conseil d'État pouvait se contenter de constater que l'individu avait intérêt à demander l'annulation de l'arrêté ministériel qui l'atteignait dans sa faculté d'importer

(208) Affaire 26-62, *Van Gend en Loos*, *Rec.* IX, p. 1 et suiv., notamment p. 22 à 25.
(209) C.E. italien, 7 nov. 1962, *Foro italiano*, 1963, III, 143.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

des marchandises ; il n'était pas nécessaire de se demander si le traité conférait aux particuliers le *droit* d'importer au taux existant lors de son entrée en vigueur. À mon avis, c'est pour cette raison que le Conseil d'État, appliquant la théorie de l'intérêt légitime, a permis à l'individu de revendiquer la disposition du traité sans vérifier si le traité avait créé un droit subjectif en sa faveur.

Si nous continuons à parcourir les dispositions du traité, nous rencontrons l'article 32 qui prévoit que les États membres s'abstiennent dans leurs échanges mutuels de rendre plus restrictifs les contingents et les mesures d'effet équivalent existant à la date d'entrée en vigueur du traité. Cet article 32 complète en quelque sorte l'article 31 : alors que l'article 12 disposait dans un seul article non seulement que les États membres n'introduiraient pas de nouveaux droits de douane, mais qu'ils n'augmenteraient pas ceux qui existaient, en ce qui concerne les restrictions quantitatives on a réparti la matière en deux articles : d'une part l'article 31, qui dit que « les États membres n'introduisent pas de nouvelles restrictions quantitatives », d'autre part l'article 32 qui déclare que « les États membres s'abstiennent de rendre plus restrictifs les contingents existants ». Donc, si l'on raisonne par analogie avec ce que la Cour de Justice a déclaré en ce qui concerne l'article 12 ou le Conseil d'État italien en ce qui concerne l'article 31 on peut admettre que l'article 32 peut être appliqué directement par les tribunaux nationaux et que si un arrêté rendait plus restrictifs les contingents existants, l'importateur frappé par pareille mesure pourrait intenter un recours en annulation contre cet arrêté. Il n'y a pas encore, à ma connaissance, de décision qui se soit prononcé sur l'article 32 mais il me semble probable que le raisonnement qui a été tenu pour l'article 12 et l'article 31 vaudrait également ici par analogie.

Je continue l'analyse des différentes dispositions du traité qui imposent des obligations inconditionnelles d'abstention aux États membres et j'en arrive à l'article 37 paragraphe 2. L'article 37 est une disposition longue et complexe qui prévoit l'aménagement par les États de leurs monopoles nationaux à caractère commercial. Cet article a fait l'objet de plusieurs décisions notamment en France et en Italie. Il a pour objet de compléter les mesures du traité sur les restrictions quantitatives en évitant que les États membres au lieu d'instituer un régime de contingents et de licences, n'aboutissent par le jeu des monopoles nationaux commerciaux à limiter les importations et exportations. Comme exemple de pareils monopoles, on peut citer le monopole français des allumettes ou des tabacs. Il est évident que l'État français, qui contrôle toutes les importations en France d'allumettes ou de cigarettes fabriquées à l'étranger, peut s'il le désire, ne pas importer du tout, et protéger ainsi la production nationale. Les auteurs du traité ont prévu un régime particulier pour

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

éviter que les États, par le maniement de leurs monopoles nationaux commerciaux, n'aboutissent à limiter artificiellement les importations. Ces mesures prévoient une adaptation progressive au cours de la période de transition de telle manière qu'à l'issue de la période de transition, il n'y ait plus de discriminations dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés entre les ressortissants des États membres.

Il est difficile de concevoir l'application directe par le juge national de cette disposition très complexe, dénuée de tout calendrier contraignant et de sanction obligatoire. Toutefois, l'article 37 contient un paragraphe 2 dans lequel on trouve l'interdiction de ne pas rendre plus restrictif le régime actuel des importations et des exportations. Ce paragraphe 2 dit en effet : « les États membres s'abstiennent de toute mesure nouvelle contraire aux principes énoncés au paragraphe 1, (c'est-à-dire le principe de l'aménagement progressif des monopoles nationaux, de façon à éliminer les discriminations) ou qui restreint la portée des articles relatifs à l'élimination des droits de douane et des restrictions quantitatives entre les États membres ». La Cour de Justice a déclaré cette disposition directement applicable dans la mesure où elle impose aux États membres une obligation inconditionnelle de ne pas faire. Aux termes de l'arrêt *E.N.E.L.* du 15 juillet 1964, la Cour de Justice a déclaré qu'un individu pouvait, devant un juge national, revendiquer le bénéfice de l'article 37 paragraphe 2 et éventuellement invoquer cet article contre une mesure nationale qui viendrait modifier le régime des monopoles existants d'une façon contraire aux objectifs du chapitre sur la libre circulation des marchandises (210). Il apparaît donc que la Cour pousse assez loin sa jurisprudence puisqu'ici on se trouve plus devant une disposition catégorique et inconditionnelle telle que l'article 12 qui interdit purement et simplement d'augmenter les droits de douane existants ou de créer de nouveaux droits de douane ; il s'agit d'une interdiction d'aller à l'encontre de certains objectifs, ce qui est beaucoup plus souple, plus nuancé, plus incertain ; néanmoins, la Cour de Justice n'a pas hésité à affirmer que l'article 37 paragraphe 2 avait pour conséquence d'engendrer des droits directs pour les individus.

Je continue maintenant l'examen des dispositions du traité, je passe sur l'agriculture et j'en arrive aux dispositions sur le droit d'établissement où l'on retrouve une clause de stand-still. C'est l'article 53 selon lequel « les États membres n'introduisent pas de nouvelles restrictions à l'établissement sur leur territoire des ressortissants des autres États membres, sous réserve des dispositions prévues au présent traité ». Il est donc interdit pour un État d'introduire des restrictions nouvelles qui viendraient empêcher les étrangers de s'établir sur leur territoire ou les soumettre à des conditions ou à des autorisations nouvelles n'existant

(210) Affaire 6-64, *Costa c. E.N.E.L.*, *Rec.* X, p. 1141 et s., notamment p. 1164 et 1165.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

pas encore au moment de l'entrée en vigueur du traité. Cette disposition elle aussi a été déclarée directement applicable par la Cour de Justice des Communautés dans l'arrêt *E.N.E.L.* L'avocat Costa prétendait qu'en nationalisant l'énergie électrique en Italie, on empêchait une société étrangère de venir s'installer en Italie et d'exercer des activités de production et de distribution d'énergie électrique ; il en résultait, selon lui, une violation de l'article 53. La Cour a commencé par poser le principe que l'article 53 était directement applicable et que tout individu qui était lésé par une réglementation nationale contraire à l'article 53 pouvait invoquer le bénéfice de cet article ; ce qui ne l'a pas empêché, examinant la question au fond, d'aboutir à la conclusion qu'en l'espèce la loi de nationalisation ne violait pas l'article 53 (211).

On retrouve une disposition analogue à l'article 53 dans le chapitre sur les prestations de services, plus précisément à l'article 62, dont le texte dit que « les États membres n'introduisent pas de nouvelles restrictions à la liberté effectivement atteinte, en ce qui concerne la prestation des services, à l'entrée en vigueur du présent traité, sous réserve des dispositions de celui-ci ». En ce qui concerne l'article 62, il n'y a pas encore des décisions de jurisprudence mais je crois qu'ici de nouveau, comme pour l'article 32, on peut faire un raisonnement par analogie et dire que comme la Cour a reconnu que l'article 53 est d'application immédiate, elle reconnaîtrait vraisemblablement que l'art. 62 est également d'application immédiate.

Si on continue à survoler le traité, on voit que, dans le chapitre relatif aux capitaux, il n'y a pas de véritable disposition de stand-still. Tout au plus l'article 71 du traité contient-il quelque chose qui ressemble à une clause de stand-still ; néanmoins, il existe une certaine différence avec les dispositions examinées précédemment. Au lieu de dire : « les États membres n'introduisent aucune nouvelle restriction de change qui vienne paralyser la libération des mouvements de capitaux », l'art. 71 dit uniquement « les États membres *s'efforcent de* n'introduire aucune nouvelle restriction de change à l'intérieur de la Communauté affectant les mouvements de capitaux et les paiements courants afférants à ces mouvements, et de ne pas rendre plus restrictives les réglementations existantes ». Je crois qu'ici le mot « s'efforcent » est d'une importance déterminante, car il démontre que l'on ne se trouve pas devant un engagement inconditionnel de ne pas faire, mais uniquement d'une déclaration de principe, d'un engagement moral en quelque sorte, dénué de sanction juridique. Si malgré ses efforts, un État membre est obligé d'introduire des restrictions nouvelles, l'individu sera privé de toute possibilité de recours interne, et la mesure étatique sera pleinement valable.

(211) Arrêt précité, p. 1162 et 1163.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

On passe ensuite à l'article 95 du traité. Il s'agit d'une disposition qui interdit aux États de frapper les produits importés d'impositions intérieures indirectes plus lourdes que celles qui frappent la production nationale. En effet, en vertu des principes de droit fiscal applicables en matière d'impôts indirects, il est admis qu'un État membre dans lequel un produit est importé peut lever une taxe compensatoire destinée à grever ce produit importé d'une charge fiscale équivalente à celle qui frappe les produits fabriqués dans le pays lui-même. Inversement, un pays exportateur peut, à l'occasion, de l'exportation, accorder une restitution des droits indirects qui ont frappé le produit antérieurement à son exportation, étant entendu que l'État importateur imposera une taxe compensatoire lors de l'importation sur son territoire. L'article 95 tend à éviter que par le biais d'un calcul un peu trop habile du montant de la taxe compensatoire et des éléments qui doivent être pris en considération pour déterminer ce montant, l'État importateur n'aboutisse à imposer plus lourdement le produit importé que le produit national et qu'ainsi on en arrive en fait à une espèce de droit de douane larvé. Cet article 95 est-il applicable directement ou non ? Si, au moment de l'importation en Belgique d'un produit en provenance d'Allemagne ou de France, le service compétent impose une taxe compensatoire supérieure au montant qui frappe effectivement les produits nationaux similaires, l'importateur peut-il introduire une réclamation devant les tribunaux nationaux et demander la restitution du trop-perçu ? La question s'est posée en Allemagne à l'occasion de plusieurs affaires et les décisions qui ont été rendues ne l'ont pas toujours été dans le même sens. Ce sont généralement les tribunaux de finance allemands, lesquels sont d'ailleurs extrêmement actifs dans le domaine du droit européen, qui doivent résoudre ces problèmes en vertu des règles d'organisation judiciaire. Ainsi, le Finanzgericht de Münster a décidé, dans une décision du 28 septembre 1965, que l'imposition d'une taxe compensatoire supérieure à la taxe intérieure constituait une taxe d'effet équivalent à un droit de douane dans la mesure où il y avait dépassement, et qu'il y avait lieu de décréter nulle, dans cette mesure, l'imposition (212). L'individu peut, selon le tribunal de Münster, invoquer l'article 95 devant un tribunal allemand. Un autre tribunal, le Finanzgericht de Nürenberg avait au contraire déclaré en 1964 qu'en pareille hypothèse, il n'y avait pas de recours interne puisque les États étaient libres, en vertu de leur souveraineté, d'imposer des taxes compensatoires ; l'article 95 ne les avait pas privés de ce droit mais établissait uniquement une limite au montant que cette taxe pouvait avoir. Dès lors, si l'État use à tort de cette souveraineté et s'il commet une infraction au traité en imposant plus lourdement les produits importés que les produits nationaux, il s'expose éventuellement

(212) *Finanzgericht* de Münster, 28 sept. 1965, *A.W.D.* 1965, p. 462.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

à un recours en constatation du manquement par la Commission ou par un autre État membre devant la Cour de Justice, sans que l'imposition ainsi décrétée puisse être contestée devant un tribunal interne à l'initiative d'un individu (213). Depuis lors, la question a été fort controversée en Allemagne. Dans un arrêt plus récent, le Finanzgericht de la Sarre a saisi, conformément à l'article 177 du traité, la Cour de Justice de la question d'interprétation ainsi posée.

Il est extrêmement difficile, à mon avis, de prédire comment la Cour répondra à cette question. Il y a des arguments dans les deux sens. Si l'on considère les taxes compensatoires qui existaient avant l'entrée en vigueur du traité, à mon avis, l'article 95 ne leur est pas directement applicable puisque son alinéa 3 déclare que les États membres doivent éliminer ou corriger au plus tard au début de la deuxième étape les dispositions qu'ils appliquent de façon à les mettre en harmonie avec le traité : il y a là une obligation de faire de la part des États. S'ils ne l'exécutent pas, on peut dire qu'ils ont manqué au traité, mais il ne me semble pas possible de faire un parallèle avec l'article 12 qui impose une interdiction d'introduire des mesures nouvelles, donc une obligation de ne pas faire.

Là où le problème devient plus délicat, c'est lorsqu'on envisage une augmentation du taux de la taxe compensatoire intervenant après le 1er janvier 1958. En effet, en agissant ainsi, l'État membre viole l'article 95 alinéa 1er, selon lequel les États membres ne peuvent frapper directement ou indirectement les produits des autres États membres plus lourdement que les produits nationaux similaires. Il s'agit là d'une interdiction inconditionnelle de ne pas faire, et on pourrait se demander si la Cour ne raisonnerait pas par analogie avec l'article 12 et ne permettrait pas aux individus d'invoquer la violation de cette disposition devant les juridictions nationales. Mais alors, on peut se demander ce que le tribunal devra faire si, avant l'augmentation incriminée, la taxe compensatoire se trouvait inférieure à la taxe intérieure, et si l'augmentation a pour effet d'en accroître le montant de telle façon qu'il soit un peu supérieur à celui qui frappe les produits nationaux. Est-ce qu'on dira que l'arrêté qui a majoré la taxe compensatoire est totalement inapplicable ? Ce serait excessif puisque, en tout cas, l'État a le droit de majorer jusqu'au niveau de la taxation intérieure. Ce n'est donc que dans la mesure où il y a dépassement que l'on se trouve en présence d'une violation du traité. Alors, est-ce que le tribunal national va réformer l'acte du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif et considérer la majoration comme valablement effectuée, mais uniquement dans les limites de ce que le traité permettrait ? Dans ce cas, il me semble que le juge modifie un acte d'un autre pouvoir, ce qui me paraît difficilement conciliable avec le prin-

(213) *Finanzgericht* de Nürenberg, 23 mars 1964, *Droit et Affaires*, 22 juin 1964, n° 16.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

cipe de la séparation des pouvoirs. Il s'agit d'un problème extrêmement délicat ; des opinions valables peuvent être alléguées en faveur de l'une ou l'autre solution, et je ne désire pas me prononcer, mais je voulais vous exposer le pour et le contre, et peut être stimuler chez vous un certain intérêt pour l'arrêt qui va être rendu prochainement par la Cour de Justice et qui se prononcera sur ce problème. Pour ma part, j'attends cet arrêt avec une grande curiosité (214).

Voyons maintenant la deuxième catégorie de dispositions du traité : celles qui confèrent des droits ou imposent des obligations aux individus de manière explicite. On ne se trouve donc plus en présence de dispositions qui s'adressent uniquement aux États, mais de dispositions qui vont au delà des États et qui visent expressément les individus, de manière directe. La première disposition qui saute immédiatement aux yeux et qui est certainement connue de la plupart d'entre vous est l'article 85. Je ne dois pas vous le rappeler, cet article interdit les accords qui restreignent la concurrence et qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres. Dans la mesure où il interdit aux entreprises d'accomplir certains actes, il est directement applicable par le juge. Il est vrai qu'il y a eu des problèmes à cet égard aussi longtemps que les règlements de mise en œuvre de l'article 85 n'avaient pas été adoptés. Mais aujourd'hui que ces mesures d'exécution ont été prises, que les autorités compétentes ont été désignées, et que les procédures de mise en œuvre ont été établies, il ne fait plus aucun doute que l'article 85 peut être appliqué directement par les tribunaux.

Une certaine difficulté résulte cependant du fait que le paragraphe 3, qui permet d'autoriser les ententes qui — quoique tombant sous le coup du paragraphe 1er — remplissent certaines conditions qu'il énumère, ne peut être appliqué que par la Commission (article 9, paragraphe 1er du Règlement n° 17). Il en résulte que l'article 85 ne peut être totalement appliqué par le juge. Le juge doit respecter la compétence exclusive de la Commission pour appliquer l'article 85 paragraphe 3. On se trouve devant un problème assez délicat lorsque dans un litige devant un juge national, une des parties à un accord restrictif estime que cet accord est nul, tandis que pour l'autre, il est valable. Comment le juge national va-t-il pouvoir décider, si l'accord en cause a été notifié à la Commission et que celle-ci ne s'est pas encore prononcée sur l'application du paragraphe 3 ? À mon avis, le juge est compétent pour appliquer l'article 85 en vertu du principe selon lequel les tribunaux peuvent, conformément à l'art. 92 de notre constitution, statuer sur tous litiges qui mettent en cause des droits civils, principe auquel le traité n'a pas porté atteinte.

(214) Depuis que cette conférence a été prononcée, la Cour a rendu son arrêt le 16 juin 1966 (affaire 57-65, *Firma A. Lütticke c/Hauptzallamt de Sarrelouis*. Voy. aussi notre note aux *Cahiers de droit européen*, 1967, p. 121). Elle déclare l'art. 95 directement applicable.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Malgré cette compétence de principe pour appliquer l'article 85, le juge devra néanmoins tenir compte de la compétence exclusive de la Commission pour accorder les autorisations en vertu du paragraphe 3. Il ne pourra pas décider que l'accord est nul, parce qu'en faisant cela, il porterait atteinte à la compétence exclusive de la Commission qui, peut-être, quelques mois plus tard, appliquera l'article 85 paragraphe 3 et décidera qu'au contraire, l'accord était valable depuis la date de la notification. C'est la raison pour laquelle, à mon avis, lorsque le juge se trouve en présence d'un accord qui peut encore faire l'objet d'une exemption de la Commission, il doit attendre que la Commission ait pris position. Si, au contraire, il se trouve devant un accord qui n'a pas été notifié à la Commission dans les délais prévus alors qu'il devait l'être, le défaut de notification entraîne la nullité de l'accord, et le juge pourra prononcer cette nullité. Voilà quelles sont à mon avis les solutions à apporter à ce problème.

Je voudrais maintenant rapidement passer en revue quelques décisions qui ont été rendues à ce sujet en Belgique et à l'étranger. En ce qui concerne le problème des accords notifiés à la Commission et à l'égard desquels celle-ci n'a pas encore pris attitude, on se trouve en présence d'une divergence de vues qui me paraît assez inquiétante entre la Belgique et la France d'une part, l'Allemagne et les Pays-Bas d'autre part. En Belgique et en France, on suit la théorie que je vous ai esquissée, et on considère que, puisque l'accord peut encore faire l'objet d'une autorisation, mais que la chose n'est pas certaine, et qu'il se peut tout aussi bien qu'il soit déclaré interdit par la Commission, il y a lieu d'attendre la décision de la Commission concernant la validité de cet accord (215). Les motifs pour lesquels on surseoit ainsi à statuer, sont un peu différents : en France, le juge considère qu'en vertu de l'article 9 paragraphe 3 du Règlement n° 17, il constitue une autorité nationale et qu'il n'est donc plus compétent une fois que la Commission a entamé la procédure ; en Belgique, on considère que c'est en vertu des principes généraux du droit qu'il y a lieu de surseoir. Je ne veux pas entrer dans tous les détails, mais le résultat final est à peu près le même dans les deux pays : le juge ne tranche pas le litige au fond, mais par prudence, attend la décision de la Commission. Ce n'est que lorsque celle-ci s'est prononcée, éventuellement sous réserve de recours devant la Cour de Justice, que le juge rend sa décision définitive. En Allemagne et aux Pays-Bas, au contraire, le juge considère que l'accord qui a été notifié à la Commission et à l'égard duquel celle-ci n'a pas encore pris position est « provisoirement valable ». Il se fonde pour ce faire sur l'un des motifs de l'arrêt rendu par la Cour de Justice dans l'affaire Bosch. Mais la Cour de Justice n'a pas

(215) Paris, 26 jan. 1963, *J.T.* 1963, p. 169, note A. Braun ; Bruxelles, 25 juin 1964, p. 576, note F. Rigaux, *R.C.D.I.P.* 1965, p. 146, note M. Waelbroeck.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

clairement défini les conséquences qui découlent de cette validité provisoire. Les tribunaux allemands et hollandais, pour leur part, n'hésitent pas à franchir ce pas et à dire que puisque l'accord est provisoirement valable, il doit être considéré comme entièrement valable, mais provisoirement. Par conséquent, ils admettent l'exercice d'une action par les parties à l'entente contre un tiers qui aurait induit un des membres de l'entente à faillir à ses obligations et qui se rendrait ainsi complice de la violation commise. Dans le célèbre arrêt des Trockenrasierer (rasoirs à sec), le Bundesgerichtshof, la juridiction allemande la plus élevée en matière civile, a déclaré que les membres d'une entente pouvaient considérer que celle-ci était totalement valable, mais provisoirement, et en conséquence il a admis une action en dommages-intérêts contre un tiers complice de la violation des obligations assumées à l'égard de l'entente par certains des membres de celle-ci (216). Une attitude similaire existe aux Pays-Bas : voyez l'arrêt de la Cour d'Amsterdam du 25 juin 1962 (217). À mon avis, cette solution n'est pas satisfaisante : elle risque de provoquer un conflit de décisions si postérieurement à la décision nationale, la Commission déclare que l'accord en cause est contraire au traité et ne peut être autorisé. Est-ce que le tiers qui a été obligé de payer des dommages et intérêts aux membres de l'entente pour avoir participé à la violation de celle-ci pourra intenter l'action en répétition de l'indu, si ultérieurement la Commission vient déclarer que l'entente est nulle et qu'elle ne peut pas être autorisée ? Où va-t-il pouvoir intenter une action en dommages-intérêts contre les membres de l'entente en alléguant qu'ils ont notifié cette entente alors qu'ils savaient qu'il y avait fort peu de chances d'obtenir une exemption, que la notification est donc abusive et n'a été faite que pour gagner du temps ? Est-ce qu'on admettrait une action en répétition des amendes contractuelles que certains membres de l'entente ont été obligés de payer, pour avoir manqué aux obligations qu'elle imposait ? Ou est-ce que le juge déciderait qu'il ne peut plus remettre en cause ce qui a été décidé par un jugement ayant force de chose jugée, étant donné qu'en matière civile, l'erreur judiciaire n'est pas une cause suffisante pour rouvrir un procès et pour porter atteinte à l'autorité d'une décision définitive. À mon avis, on risque de se trouver devant des situations de conflit entre la Commission ou la Cour de Justice d'une part et les juges nationaux de l'autre. Il me paraît préférable, pour éviter ces conflits, que le juge national surseoie à statuer tant que la Commission ne s'est pas prononcée.

Je passe rapidement sur l'article 86 du traité, qui interdit l'exploitation abusive d'une position dominante. Je crois qu'il faut également admettre le caractère directement applicable de cet article, puisqu'il contient une

(216) Bundesgerichtshof, 14 juin 1963, *J.Z.* 1964, p. 219, note E. Steindorff.
(217) Amsterdam, 25 juin 1962, *N.J.* 1963, n° 218.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

interdiction imposée aux entreprises en position dominante, et qu'en vertu des principes généraux, les tribunaux doivent appliquer toutes les dispositions qui imposent directement des obligations aux individus, quelles que soient les difficultés d'interprétation qui en résultent. En l'espèce, ces difficultés sont considérables : qu'est-ce qu'un abus de position dominante, qu'est-ce qu'une position dominante sur une partie substantielle du marché commun, qu'est-ce qu'un abus qui est susceptible d'affecter le commerce entre États membres, etc... ? Le traité a prévu un remède à ces difficultés, ce qui prouve qu'elles ne doivent pas constituer un obstacle à leur applicabilité directe par les juges nationaux : c'est la procédure du renvoi préjudiciel en interprétation par les tribunaux nationaux à la Cour de Justice. Je ne pense pas qu'il soit justifié qu'en raison des nombreuses difficultés d'interprétation que soulève un texte, le juge national puisse renoncer à sa tâche et dire tout simplement : « Je refuse d'appliquer l'article 86 ».

Il y a, dans le traité, une autre disposition qui est directement applicable et qui fait naître des droits explicites dans le chef des individus. Cette disposition est peu connue en Belgique : c'est l'article 91 paragraphe 2, sur le dumping. En vertu de cet article, une marchandise qui a été exportée d'un État membre dans un autre État membre à des conditions de dumping, doit être admise à la réimportation dans le pays d'origine en franchise de tous droits de douane, restrictions quantitatives et taxes d'effet équivalent. Cette disposition garantit ce qu'on appelle l'effet « boomerang » du dumping. L'expression est assez parlante : si une entreprise veut faire du dumping, c'est-à-dire vendre moins cher sur les marchés étrangers que sur le marché national, la marchandise risque de rentrer dans l'État d'origine, et de se vendre moins cher dans cet État, ce qui aura pour effet d'annuler le bénéfice que l'on avait pu escompter de l'opération. Pour que l'effet boomerang puisse être obtenu, il faut que, lors de la réimportation, la marchandise ne soit pas assujettie à des droits de douane. Cet article 91, paragraphe 2, qui a d'ailleurs été explicité par un règlement d'application de la Commission, a été considéré comme directement applicable, à mon avis à très juste titre, par le Finanzgericht de Düsseldorf dans une décision du 18 mars 1964 (218). Il s'agissait d'un cas assez curieux : le gouvernement allemand, afin de favoriser la production pétrolière allemande (on produit en effet un peu de pétrole en Allemagne et il y a d'ailleurs un protocole spécial du traité qui est destiné à protéger cette production) avait prévu que lors de l'exportation, dans les autres pays du marché commun et dans les pays tiers, de pétrole d'origine allemande, on restituerait le « droit de douane ». Comme il s'agissait par hypothèse de produits obtenus en Allemagne, qui n'avaient donc dû subir aucun droit de douane, on peut se demander ce qu'il y avait lieu d'entendre par là... En fait, le montant

(218) *Entscheidungen der Finanzgerichte*, 1964, 572.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de la restitution équivalait au montant du droit de douane qui aurait dû être payé si le produit avait été importé. On aperçoit que cette prétendue « restitution du droit de douane » équivalait en réalité à un subside à l'exportation. Un commerçant allemand avait réimporté en Allemagne du pétrole exporté vers la France et ayant bénéficié de cette restitution. Selon le service des douanes allemand, la réimportation donnait lieu au paiement du droit de douane applicable. Sur réclamation de l'importateur, le Finanzgericht de Düsseldorf déclara que la restitution de droits de douane équivalait en réalité à un subside à l'exportation, et permettait à l'entreprise exportatrice de réaliser du dumping ; comme, en vertu de l'article 91, paragraphe 2, le requérant était autorisé à réimporter sans avoir à payer aucun droit de douane, il a annulé l'imposition litigieuse.

J'examine maintenant une dernière disposition du traité : l'article 7. Est-il directement applicable ? Dans l'affirmative, quels en sont les destinataires ? L'article 7 du traité interdit toute discrimination exercée en raison de la nationalité. On admet généralement qu'il est directement applicable puisqu'il interdit quelque chose. Mais la difficulté est de savoir à qui il est applicable. Il ne fait pas de doute que les États membres en sont les destinataires : ainsi, si un État membre adopte une réglementation discriminatoire qui soumet la commercialisation des produits étrangers à des normes plus restrictives que celles applicables aux produits d'origine nationale, cette réglementation est contraire à l'article 7. L'individu pourra même, par analogie avec la solution qui se dégage de l'arrêt *van Gend en Loos*, en demander l'annulation devant le Conseil d'État ou la faire déclarer inapplicable en vertu de l'article 107 de la constitution. Mais l'interdiction de discrimination énoncée à l'article 7 oblige-t-elle également les individus ? Est-il interdit à un employeur belge de refuser d'embaucher des travailleurs italiens, par exemple, ou de réserver aux Belges les emplois qui s'ouvrent chez lui ? Ou bien peut-on dire que l'article 7 n'oblige que les États mais n'interdit pas aux individus, dans la mesure où ils préfèrent faire appel à des Belges pour des raisons d'organisation intérieure, ou même peut-être par préjugé, de donner la préférence à leurs compatriotes ? La question à mon avis est difficile. Il me semble possible de maintenir que, dans le système général du traité, le but de la réalisation du marché commun est d'obliger les États à éliminer les barrières et les entraves aux échanges, d'obliger également les individus à ne pas rétablir, par des conventions privées, le cloisonnement des marchés, mais que, dans la mesure où il s'agit de discriminations, fondées sur la nationalité mais n'ayant pas pour effet d'entraver les échanges communautaires, le traité et, en particulier son article 7, ne s'opposent pas à leur exercice par les individus. Il s'agit là, bien entendu, d'une opinion qui m'est personnelle et que je présente sous toute réserve.

* * *

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Sept ans plus tard, lors d'une communication au XXVe Congrès de l'Association des auditeurs et anciens auditeurs de l'Académie de droit international de La Haye à Neuchâtel, je m'efforçai d'affiner la distinction entre dispositions imposant des obligations aux États membres et celles accordant des droits ou imposant des obligations aux individus. Selon moi, la véritable spécificité du droit communautaire résidait dans l'aptitude à créer des droits subjectifs et d'imposer des obligations directement aux individus. C'est ce que j'appelais « l'immédiateté communautaire ». Par opposition, la possibilité pour l'individu d'invoquer une disposition d'un traité imposant des obligations à l'État en vue de s'opposer à une mesure méconnaissant cette obligation relevait de ce que j'appelais l'« effet direct simple » et se rencontrait aussi bien dans les traités internationaux ordinaires que dans le droit communautaire.

« L'immédiateté communautaire, caractéristique de la supranationalité : quelques conséquences pour la pratique »,
Le droit international demain – International Law Tomorrow,
Neuchâtel, Editions Ides et calendes, 1974, pp. 85-90.

I. L'EFFET DIRECT SIMPLE

On a souvent soutenu que le droit communautaire se distinguait du droit international classique par son aptitude à produire un effet direct pour les ressortissants du droit interne, entendant par là que ces ressortissants avaient la possibilité d'invoquer le droit communautaire devant leurs tribunaux internes pour s'opposer à l'application d'une mesure nationale qui lui serait contraire.

Souvent, la thèse est énoncée de manière moins catégorique : on prétend qu'en droit international classique, l'effet direct serait exceptionnel, alors qu'en droit communautaire, il serait la règle.

Que faut-il en penser ?

L'arrêt *Van Gend en Loos* (219) s'est prononcé sur l'effet direct à reconnaître à l'article 12 du traité, par lequel les États membres se sont engagés à ne pas augmenter les droits de douane qu'ils appliquent dans leurs relations mutuelles. Les gouvernements belge, néerlandais et allemand étaient intervenus devant la Cour pour exprimer l'avis que cette disposition ne donnait naissance qu'à des obligations entre États et qu'elle n'était pas susceptible d'être invoquée directement par les particuliers.

(219) Cour de Justice des Communautés européennes, 5 février 1963, affaire 26-62, *Recueil*, vol. IX, p. 3.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Dans ses conclusions, l'Avocat général Roemer avait abouti aux mêmes conclusions. Ceci explique sans doute que la Cour de Justice ait éprouvé le besoin de motiver sa réponse en faveur de l'effet direct de l'article 12 en insistant sur les caractéristiques propres de l'ordre juridique communautaire, au lieu de se borner comme elle aurait pu le faire, à l'interprétation de la disposition invoquée.

La Cour commence en effet par affirmer :

> « Attendu que l'objectif du traité C.E.E. qui est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté, implique que ce traité constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les États contractants ;
>
> Que cette conception se trouve confirmée par le préambule du traité qui, au-delà des gouvernements, vise les peuples, et de façon plus concrète par la création d'organes qui institutionnalisent des droits souverains dont l'exercice affecte aussi bien les États membres que leurs citoyens ;
>
> Qu'il faut d'ailleurs remarquer que les ressortissants des États réunis dans la Communauté sont appelés à collaborer, par le truchement du Parlement européen et du Comité économique et social, au fonctionnement de cette Communauté ;
>
> Qu'en outre le rôle de la Cour de Justice dans le cadre de l'article 177, dont le but est d'assurer l'unité d'interprétation du traité par les juridictions nationales, confirme que les États ont reconnu au droit communautaire une autorité susceptible d'être invoquée par leurs ressortissants devant ces juridictions ;
>
> Qu'il faut conclure de cet état de choses que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants. »

Ce n'est qu'après ce rappel du caractère spécifique du traité C.E.E. et du droit communautaire que la Cour aborde l'examen du l'article 12 :

> « Attendu que le texte de l'article 12 énonce une interdiction claire et inconditionnelle qui est une obligation non pas de faire, mais de ne pas faire ;
>
> Que cette obligation n'est d'ailleurs assortie d'aucune réserve des États de subordonner sa mise en œuvre à un acte positif de droit interne ;
>
> Que cette prohibition se prête parfaitement, par sa nature même, à produire des effets directs dans les relations juridiques entre les États membres et leurs justiciables ;
>
> Attendu que l'exécution de l'article 12 ne nécessite pas une intervention législative des États ;
>
> Que le fait, par cet article, de désigner les États membres comme sujets de l'obligation de s'abstenir n'implique pas que leurs ressortissants ne puissent en être les bénéficiaires. »

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Huit années plus tard, dans l'arrêt *Grad* (220), la Cour a reconnu la possibilité pour une décision adressée à un État membre de produire des effets directs dans les relations entre cet État et ses justiciables. Cette fois, la Cour n'a pas éprouvé la nécessité d'insister sur les différences entre les traités communautaires et les traités internationaux ordinaires mais elle s'est fondée sur le principe de l'effet utile, c'est-à-dire un principe d'interprétation bien connu en droit international.

De nouveau, la réponse donnée par la Cour allait à l'encontre de l'opinion défendue devant elle par le gouvernement allemand.

Les solutions ainsi données au problème de l'applicabilité directe étaient-elles aussi révolutionnaires qu'on l'a parfois prétendu ?

De tout temps, la jurisprudence nationale a reconnu aux particuliers le droit de se fonder sur les dispositions d'un traité international imposant des obligations à l'État pour faire écarter l'application de mesures nationales contraires à ces obligations. Les juges n'ont pas recherché si la disposition invoquée avait pour objet, dans l'intention des parties contractantes, de donner naissance à des droits pour les individus. Il leur suffisait de consacrer qu'elle pose une règle claire et précise, susceptible d'être appliquée par eux, notamment par le refus d'application ou par l'annulation de la mesure nationale contraire.

Ainsi, à la fin du XIXe siècle, le Reichsgericht allemand a admis que des poursuites intentées contre un individu en violation des dispositions d'un traité d'extradition devaient être déclarées irrecevables.

Dans un arrêt rendu quelques mois avant l'arrêt *Van Gend en Loos*, le Conseil d'État italien avait donné effet direct à l'article 31 du Traité de Rome, disposition par laquelle les États membres s'engagent à ne pas introduire de nouvelles restrictions quantitatives dans leurs relations mutuelles. Il n'avait même pas jugé nécessaire de soumettre la question à la Cour de Justice, tant la réponse lui paraissait évidente (221).

L'article III du G.A.T.T., par lequel les parties contractantes s'engagent à s'abstenir de toute discrimination en matière d'impositions intérieures au préjudice des produits importés des autres parties contractantes, a été déclaré directement applicable par la Cour de cassation d'Italie (222). La Cour s'est contentée de constater, comme l'avait fait le Conseil d'État dans l'arrêt précité, que l'engagement de ne pas appliquer un traitement fiscal discriminatoire a force de loi dans l'ordre juridique italien et doit par conséquent être respecté par les organes de l'État. En conséquence, la Cour déclare inapplicable une loi italienne postérieure dans la mesure

(220) 6 octobre 1970, affaire 9-70, *Recueil*, vol. XVI, p. 825. V. aussi les arrêts du 21 octobre 1970, affaire 20-70 et 23-70 *Transports Lesage* et *Erich Haselhorst*, *Recueil*, *id.*, p. 861 et 881.

(221) 7 novembre 1962, *Foro italiano*, 1963, III, col. 143.

(222) 6 juillet 1968, n° 2293, *Giustizia Civile*, 1968, I, 1571.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

où cette loi, d'après ses termes, était d'application générale et ne faisait pas d'exception au profit des importations en provenance des autres États parties au G.A.T.T.

Un arrêt du Tribunal fédéral suisse (223) adopte un raisonnement similaire pour décider que l'article 16, § 1 de la Convention de Stockholm instituant l'A.E.L.E. est directement applicable. Le tribunal suprême constate que la disposition en cause ne se borne pas à fixer des lignes directrices s'adressant au législateur national mais impose à chaque État membre une obligation bien précise.

On peut citer enfin un arrêt de la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris qui a permis à un ressortissant thaï et à un Chinois d'opposer aux poursuites dont ils faisaient l'objet les « normes et pratiques recommandées » adoptées par le Conseil de l'Organisation de l'aviation civile internationale (224), dont le caractère « non self-executing » était incontestable (225).

En conclusion, on constate que, pour que la jurisprudence nationale permette aux particuliers de se prévaloir des dispositions d'un traité international à l'encontre de l'État qui y a souscrit, elle se borne à vérifier si la disposition en cause impose une obligation précise et si l'État, en prenant la mesure incriminée, a transgressé cette obligation. Lorsque ces conditions sont remplies, la jurisprudence autorise les particuliers qui y ont intérêt à invoquer l'obligation de l'État pour s'opposer à l'application de la mesure nationale contraire. L'effet direct n'est donc nullement inconnu en droit international classique. Il est même erroné d'y voir un phénomène exceptionnel, susceptible de se produire uniquement lorsque des conditions strictes, telles que la « volonté des parties contractantes de donner naissance à des droits ou à des obligations pour les individus », sont remplies.

II. L'IMMÉDIATETÉ (OU EFFET DIRECT POSITIF)

La véritable spécificité du droit communautaire paraît résider en ce qu'il donne naissance non seulement à la faculté pour les individus de s'opposer à l'application d'une mesure nationale contraire (effet direct simple, ou négatif), mais à des droits subjectifs à une prestation positive, ainsi qu'à des obligations. Cette « immédiateté » se distingue de l'effet direct simple, tel que nous l'avons décrit ci-dessus, par le fait qu'elle

(223) Chambre de droit administratif, 13 octobre 1972, *Banque de Crédit International c/ Conseil d'État du Canton de Genève*, *Recueil des arrêts du Tribunal fédéral*, 98 I*b* 385.

(224) 8 juin 1971, *Gazette du Palais*, 8-9 décembre 1971.

(225) V. notamment à ce sujet : H. Rolin, « La portée juridique des annexes à la Convention de Chicago — un désaccord entre les jurisprudences française et belge », *Revue belge de droit international*, 1973, p. 220 et ss.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ne suppose aucune intervention, positive ou négative, de l'État dont relève l'individu au profit ou à charge duquel sont créés des droits ou des obligations. Dans les cas groupés ci-dessus sous la rubrique « effet direct simple », le droit de l'individu ne naît que du fait de la violation par l'État de son obligation. Il ne s'agit pas d'un droit ayant un contenu propre, mais uniquement du droit d'invoquer l'obligation internationale de l'État. L'obligation de l'État est ainsi la mesure du droit de l'individu.

Illustrons de quelques exemples ce qu'il faut entendre par « effet direct positif » ou « immédiateté », élément caractéristique du droit communautaire. Et encore nous faut-il préciser que lorsque nous parlons d'« élément caractéristique », nous n'entendons pas exclure la possibilité que ce phénomène puisse se produire dans d'autres organisations internationales ou dans d'autres traités. Nous voulons seulement souligner que ce n'est qu'exceptionnellement qu'il en est ainsi dans ces organisations et ces traités, alors que dans les Communautés ce phénomène est courant.

1. Droits

En vertu de l'immédiateté communautaire, les individus acquièrent de véritables droits subjectifs à des prestations positives à l'encontre des États. Il ne s'agit pas uniquement de la faculté de s'opposer à une mesure nationale contraire à un engagement international mais d'un droit qui peut porter sur une prestation positive. Il en est ainsi par exemple de la prime à l'abattage des vaches laitières, qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de Justice qui en a consacré le caractère immédiat (226). Il en va de même du droit au paiement des restitutions à l'exportation prévues par plusieurs règlements agricoles, des prestations de sécurité sociale prévues en faveur des travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, etc.

2. Obligations

À la différence de la plupart des traités internationaux, les traités communautaires imposent immédiatement des obligations aux individus. Ces obligations consistent le plus souvent en des interdictions.

Le cas le mieux connu est celui de l'article 85, § 2 du Traité, qui édicte la nullité de plein droit des accords et décisions qui restreignent la concurrence et qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que l'article 85, § 1, qui

(226) Arrêt du 17 mai 1972, affaire 93-71, *Leonesio*, *Recueil*, t. XVIII, p. 287 ; *Cah. dr. eur.*, 1972, p. 325, note J.-V. Louis.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

interdit ces accords et décisions, est lui aussi susceptible d'être invoqué devant les tribunaux nationaux. Ceci peut avoir des conséquences dans divers domaines :

a) l'exercice d'une action en contrefaçon intentée devant un tribunal national est susceptible d'être interdit, et l'action devra être rejetée, lorsqu'il a pour objet d'assurer l'exécution d'un accord, d'une décision ou d'une pratique concertée interdite par l'article 85 du Traité (227) ;

b) de même, l'exercice d'une action en concurrence déloyale pourra être interdit, et l'action devra être rejetée, si l'objectif poursuivi par le demandeur est d'assurer un cloisonnement du marché contraire aux articles 85 et 86 (228) ;

c) le refus de vente est susceptible de constituer un acte contraire aux usages normaux en matière commerciale et de fonder ainsi l'exercice d'une action en cessation ou en indemnité (229).

Même lorsque l'action ne tend pas à la mise en œuvre d'un accord ou d'une position dominante expressément interdite par le Traité, elle devra être rejetée lorsqu'elle va à l'encontre de la réalisation des objectifs du Traité. Ainsi, il a été jugé que l'exercice d'une action en contrefaçon devait, même en l'absence d'entente ou de position dominante contraires aux articles 85 et 86, être refusé par les juges nationaux lorsque cette action tendait à faire obstacle à la libre circulation des marchandises, règle fondamentale qui s'impose au respect tant des États membres et de leurs organes que des particuliers. En effet, si le juge national faisait droit à pareille action, il méconnaîtrait les termes de l'article 5 alinéa 2 du Traité, qui fait obligation aux États membres de s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des buts du Traité (230).

III. QUELQUES CONSÉQUENCES DE LA DISTINCTION ENTRE EFFET DIRECT SIMPLE ET IMMÉDIATETÉ

1. La distinction entre effet direct simple et immédiateté permet de mettre en lumière la différence entre directives et règlement. Un des arguments les plus souvent invoqués à l'encontre de la reconnaissance d'effets directs à des directives est que cela supprimerait toute différence entre cette catégorie d'actes et les règlements. En réalité, on constate que

(227) Arrêt de la Cour de Justice, 18 février 1971, affaire 40-70, *Sirena*, *Recueil*, XVII, p. 69.
(228) Arrêt de la Cour de Justice, 25 novembre 1971, *Béguelin*, *Recueil*, XVII, p. 949.
(229) Ordonnance du Président du Tribunal de commerce de Nivelles, 1er mars 1973 (inédite).
(230) Arrêt de la Cour de Justice, 8 juin 1971, affaire 78-70, *Deutsche Grammophon*, *Recueil*, XVII, p. 487.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

la différence subsiste : si la directive peut avoir un effet direct simple, seul le règlement jouit de l'immédiateté en ce sens que seul il est en mesure de créer des droits subjectifs à des prestations positives en faveur des particuliers et de leur imposer immédiatement des obligations.

2. La distinction esquissée ci-dessus devrait aussi permettre de surmonter l'hésitation parfois éprouvée par les juridictions à donner un effet direct simple aux traités internationaux non communautaires. Cette hésitation s'est surtout manifestée en Allemagne, où plusieurs décisions ont refusé de reconnaître des effets directs au G.A.T.T., soulignant la différence qui existe entre cet accord et le droit communautaire et insistant que seul le droit communautaire est en mesure de créer des effets directs (231).

Une même tendance restrictive a été adoptée par la Cour de Justice dans son arrêt *International Fruit Company* du 12 décembre 1972 (232). Dans cet arrêt, la Cour, tout en constatant que les dispositions du G.A.T.T. ont pour effet de lier la Communauté et les États membres, refuse de reconnaître qu'elles puissent engendrer pour les justiciables de la Communauté le droit de s'en prévaloir en justice en vue de contester la validité d'un acte communautaire. Pour arriver à ce résultat négatif, la Cour insiste sur la « grande souplesse » des dispositions de l'Accord général, notamment de celles qui concernent les possibilités de dérogation, les mesures pouvant être prises en présence de difficultés exceptionnelles et le règlement des différends entre les parties contractantes.

À notre avis, cette « souplesse » n'est pas de nature à empêcher qu'on reconnaisse aux dispositions de l'Accord général un effet direct simple, dès l'instant où l'on admet que ces dispositions engendrent une obligation pour la Communauté et les États membres. Ainsi, les ressortissants de la Communauté devraient avoir le droit d'invoquer les dispositions du G.A.T.T. à l'encontre de la validité d'un acte communautaire qui leur est contraire.

3. Ce qui vient d'être dit est susceptible de trouver application en ce qui concerne l'effet direct à reconnaître à l'accord conclu le 22 juillet 1972 entre la C.E.E. et la Confédération suisse (233).

Plusieurs des dispositions de cet accord énoncent des obligations claires et inconditionnelles à charge de chacune des parties contractantes. Ces obligations paraissent de nature à produite un effet direct simple et à pouvoir être invoquées par les justiciables devant les tribunaux en cas de violation par la Communauté (ou par un de ses États membres) ou par la Suisse.

(231) V. notamment Finanzgericht d'Hambourg, 29 octobre 1969, *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1970, p. 91.

(232) Affaires jointes 21 à 24-72, *Recueil*, t. XVIII, p. 1219.

(233) *J.O.C.E.*, n° L 300 du 31 décembre 1972 ; *Recueil officiel des lois fédérales*, 1972, p. 3165 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Par contre, les dispositions de l'article 23 de l'accord, déclarant certains accords et certaines pratiques restreignant la concurrence « incompatibles avec le bon fonctionnement de l'accord » n'édictent aucune prohibition à charge des entreprises en cause ; elles se bornent à prévoir une procédure de consultation entre parties contractantes ainsi que l'adoption de mesures de sauvegarde en vue de « remédier à la situation ». Il ne semble pas, en conséquence, qu'on puisse les considérer comme jouissant de l'immédiateté au sens précisé ci-dessus. Néanmoins, il n'est pas exclu qu'elles puissent être invoquées à l'occasion de litiges devant les tribunaux internes, ceux-ci ayant l'obligation, en vertu de l'article 22, § 1 de l'accord, de s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'accord (234).

* * *

Cette tentative donna lieu à des réactions diverses, au bien-fondé desquelles je dus me rallier. Si Pierre Pescatore, juge à la Cour de justice, approuvait dans son principe la distinction ainsi faite, il n'en estimait pas moins qu'il s'agissait dans les deux cas de la manifestation d'un même phénomène, selon lequel la règle de droit international (ou de droit communautaire) se prête par essence à fournir des éléments au juge interne pour la solution du litige qui lui est soumis (235). Dans le même sens, Frédéric Dumon, alors premier avocat général à la Cour de cassation de Belgique, se demandait si l'on pouvait vraiment, comme je le faisais, dénier aux traités internationaux ordinaires la possibilité de contenir des dispositions ayant le caractère d'« immédiateté » au sens que j'avais défini (236).

Une autre réflexion qui me fut faite, et dont je reconnus le bien-fondé, concernait la catégorisation de l'arrêt *Deutsche Grammophon* parmi les cas d'« immédiateté ». Comme l'observèrent tant P.J.G. Kapteyn,

(234) Nous avons entrepris une étude plus approfondie de l'effet direct de l'accord C.E.E.-Suisse dans un article à paraître dans l'*Annuaire suisse de droit international*, vol. XXIX (1973) p. 113-132.

(235) Dans la lettre qu'il m'adressait le 19 novembre 1974, Pierre Pescatore soulignait aussi que si la Cour de justice avait consacré autant d'attendus à affirmer le caractère spécifique du droit communautaire dans l'arrêt *Van Gend en Loos*, c'est parce que la juridiction nationale avait — ce qu'il regrettait — spécifiquement posé la question de savoir si l'article 12 du traité donnait naissance à un droit subjectif.

(236) Lettre du 9 novembre 1974. Un exemple confirmant la validité de cette critique fut donné par la suite dans l'affaire *Thonon c/ État* belge auquel je consacrai une note d'observations reproduite ci-dessus, pp. 51-67.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

professeur à l'Europa Instituut de l'Université d'Utrecht (237), que R.H. Lauwaars, professeur à la Vrije Universiteit van Amsterdam (238), cette décision devait plutôt être rangée parmi les cas d'« effet direct simple » : en effet, dans la construction dont la Cour a fait usage, c'est en vertu d'une obligation imposée par l'article 5 du traité que le juge national, en tant qu'organe de l'État, s'abstient d'appliquer son droit national dans un sens contraire aux objectifs du traité.

(237) Lettre du 21 novembre 1974.
(238) Lettre du 11 décembre 1974.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - L'applicabilité directe en droit international et en droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

3. *L'effet direct des directives communautaires*

Très tôt, je me suis rangé parmi les partisans de la thèse favorable à l'applicabilité directe des directives, tout au moins quand l'obligation qu'elles imposent à l'État est suffisamment précise et inconditionnelle. Certes, il ne pouvait s'agir que d'un « effet direct simple » dans le sens que j'avais défini dans ma communication au congrès de Neuchâtel. La capacité pour une directive d'être invoquée à rencontre d'un État membre en cas de violation me paraissait n'être qu'une conséquence logique des conclusions auxquelles j'avais abouti s'agissant des traités internationaux classiques.

À l'occasion du troisième colloque de droit européen organisé par la Fédération internationale pour le droit européen à Paris en 1965, dans un rapport sur « Les mécanismes assurant la mise en œuvre de la législation communautaire par les autorités législatives ou exécutives nationales » rédigé conjointement avec Cyr Cambier, Jean-Victor Louis et Herwig A. Desmedt, j'ai défendu cette position pour la première fois. Je l'ai reprise dans ma conférence à Louvain du 12 février 1966 .

« L'application du droit communautaire par le juge national »,
De individuele Rechtsbescherming in de Europese Gemeenschappen,
Anvers, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1967, pp. 184-186.

On aperçoit ainsi qu'il peut se faire qu'une décision adressée à un État membre et qui, en l'espèce, n'avait été publiée nulle part, ni au Journal officiel des Communautés, ni dans le Staatsblad, le Tractatenblad, ou le Staatscourant néerlandais, ni dans le Bundesgesetztblatt ou le Bundesanzeiger allemand, doit néanmoins être prise en considération par les juges de ces pays à l'occasion d'un litige entre particuliers, et que le

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - L'effet direct des directives communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

problème de son existence et de sa validité puisse déterminer la solution à donner à ce litige.

J'en arrive au problème des directives et ici l'on se trouve devant une controverse assez aiguë entre les auteurs. Les directives, en vertu du troisième alinéa de l'article 189, obligent les États quant au résultat à atteindre mais leur laissent la compétence quant à la forme et aux moyens. On en déduit généralement qu'elles ne sont pas directement applicables, qu'elles ne créent pas directement des droits pour les individus ; ces droits ne naissent qu'au moment où l'État prend les mesures ordonnées dans la directive. Ainsi, par exemple, en matière d'établissement, on trouve des directives obligeant les États membres à supprimer dans un certain délai, les restrictions s'opposant à l'établissement des ressortissants des autres États membres sur leur territoire : ces directives ne font naître par elles-mêmes aucun droit dans le chef des individus ; ce sont les États qui, en donnant exécution aux directives, suppriment les restrictions existantes et, en conséquence, créent le droit en question. S'ensuit-il pour autant qu'une directive ne puisse jamais être appliquée par un juge national ? Mon estimé collègue M.L.-P. Suetens a défendu la thèse qu'une directive n'est jamais directement applicable. (239) Il lui a été répondu par le Professeur I Samkalden qu'une directive peut parfaitement être directement applicable si cela résulte de son contenu. Le professeur Samkalden avait pris comme exemple une disposition d'une directive en matière d'établissement qui interdisait aux États membres de rendre plus restrictives leurs réglementations relatives à la police des étrangers. (240) Le fait qu'une clause de stand-still se trouve dans une directive plutôt que dans le traité lui-même ne devrait pas, selon lui, entraîner des conséquences juridiques différentes : dans les deux cas, les individus devraient être admis à en revendiquer le bénéfice devant les tribunaux. À quoi il a été répondu par le professeur W. Van Gerven qu'en vertu de l'intention même des auteurs du traité, une directive ne peut jamais être directement applicable. Il faut, selon lui, attacher une importance déterminante à la forme plutôt qu'au contenu. Si une directive avait pour effet d'accorder directement aux individus un droit, elle équivaudrait en réalité à un règlement ; or, dans la mesure où le traité n'habilite le Conseil à prendre, dans une matière déterminée, que des directives à l'exclusion de toute autre mesure — c'est le cas notamment en matière d'établissement, de services, de capitaux et de rapprochement des législations — pareil règlement camouflé sous les dehors d'une directive serait illégal, car il excéderait les compétences du Conseil. (241)

(239) Conférence faite en 1963 dans le cadre du cycle d'information sur le droit européen de la Faculté de droit de Louvain.

(240) I. Samkalden, in : *S.E.W.* 1965, p. 89 et s., notamment p. 96.

(241) W. Van Gerven, in : *S.E.W.* 1965, p. 195 et s., notamment p. 209.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - L'effet direct des directives communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Je voudrais essayer de proposer une solution. Pour cela, je désire en revenir à la distinction que j'ai faite lors de la discussion de l'arrêt *Van Gend en Loos*, et de l'arrêt du Conseil d'État italien appliquant l'article 31 ; il s'agit de la distinction entre droit et intérêt. On peut parfaitement concevoir qu'un individu ait *intérêt* à revendiquer le bénéfice d'une clause de stand-still comprise dans une directive, sans qu'il faille se demander si cette directive fait naître, ou peut faire naître, des *droits* dans son chef. Tant pour le contentieux de l'annulation devant le Conseil d'État, que pour la mise en œuvre devant les tribunaux de l'exception d'illégalité énoncée à l'article 107 de la constitution, on peut parfaitement se contenter de l'existence d'un intérêt légitime ; il suffit que l'acte incriminé soit objectivement illégal. Je ne vois aucunement pourquoi l'individu qui a intérêt à montrer que l'État viole une directive, ne pourrait pas, devant une juridiction nationale, soit administrative, soit judiciaire, demander l'annulation de la mesure nationale contraire à la directive, ou exciper de son illégalité lorsque l'État essaie de la lui appliquer. Par conséquent je crois que la question de savoir si la directive crée un droit n'est pas déterminante : il suffit de voir si l'individu a un intérêt légitime à l'invoquer. Dans cette mesure, il me semble que la Cour de Justice, en constatant dans l'arrêt *Van Gend en Loos* que l'article 12 avait pour effet de faire naître des *droits* directs dans le chef des individus a peut être été un peu plus loin qu'il n'était strictement nécessaire : elle aurait fort bien pu se contenter de constater que les individus avaient un intérêt légitime à réclamer l'annulation de la mesure nationale contestée. Cela aurait été suffisant, et cela aurait évité de donner l'impression que pour qu'une disposition de droit communautaire puisse être appliquée par une juridiction nationale, il était indispensable qu'elle confère des droits ou des obligations aux individus.

* * *

Dans un arrêt du 7 octobre 1968, le Conseil d'État de Belgique allait, à ma grande joie, adopter le même point de vue, annulant un arrêté d'expulsion pour violation de l'article 3 de la directive du 25 février 1964 portant coordination des mesures spéciales applicables aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (242).

La joie que j'avais éprouvée à la lecture de cet arrêt allait s'accroître quelques années plus tard quand la Cour de justice reconnut elle aussi que les directives et décisions adressées aux États membres sont susceptibles de produire des effets directs. Cette jurisprudence allait

(242) Cons. d'Ét., 7 octobre 1968, n° 13146, en cause Yvette Corveleyn, *Cah. dr. eur.*, 1969, p. 343, note P. Gigon.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - L'effet direct des directives communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

cependant donner lieu à de vives critiques dans la doctrine et de la part de certaines juridictions supérieures comme le Conseil d'État de France et le Bundesfinanzhof allemand.

Dans une étude publiée dans le recueil de mélanges offert à l'un de mes maîtres, le professeur Ganshof van der Meersch (243), je m'efforçai de démontrer le caractère non fondé de ces critiques.

« Effets internes des obligations imposées à l'Etat »,
Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch,
Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 573-583.

1. — INTRODUCTION

La Cour de Justice a confirmé, dans plusieurs arrêts récents, que les dispositions de directives et de décisions adressées aux États membres étaient susceptibles de produire des effets directs dans les relations entre ces États membres et leurs justiciables et d'engendrer pour ceux-ci le droit de s'en prévaloir en justice (244). Cette solution avait été affirmée deux ans plus tôt par le Conseil d'État de Belgique (245). Elle n'en a pas moins soulevé de sérieuses réserves de la part de nombreux auteurs (246).

M. Ganshof van der Meersch, pour sa part, n'a jamais hésité à se prononcer en faveur de la reconnaissance d'effets directs aux décisions et aux directives des Communautés (247) et de qualifier d'artificielle la

(243) J'exerçais à l'époque les fonctions de directeur des recherches juridiques de l'Institut d'études européennes de l'U.L.B., lequel était présidé par W.-J. Ganshof van der Meersch. Celui-ci, en sa qualité de Procureur général à la Cour de cassation, avait pris fermement parti en faveur de l'applicabilité directe des directives, du moins lorsque leurs dispositions sont suffisamment précises et complètes, dans le discours qu'il avait prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour le 2 septembre 1968 sur le thème : « Le juge belge à l'heure du droit international et du droit communautaire », *Journ. trib.*, 1969, p. 537, spéc. p. 542.

(244) Arrêt du 6 octobre 1970, aff. 9-70, *Franz Grad*, *Recueil*, t. XVI, p. 825 ; arrêts du 21 octobre 1970, aff. 20-70 et 23-70, *Transports Lesage* et *Erich Haselhorst*, *Recueil*, t. XVI, p. 861 et 881 ; arrêt du 17 décembre 1970, aff. 33-70, *Société SACE Bergamo*, *Recueil*, t. XVI, p. 1213.

(245) Arrêt du 7 octobre 1968, n° 13.146, *Y. Corveleyn*, *Cah. dr. eur.*, 1969, p. 343, note P. Gigon ; *J.T.*, 1969, p. 694, note J. Verhoeven ; *R.J.D.A.*, 1969, p. 262, note P. Soldatos.

(246) E.-W. Fuss, « Rechtsschutz gegen deutsche Hoheitsakte zur Ausführung des Europäischen Gemeinschaftsrechts », *N.J.W.*, 1966, p. 1782, 1785 et suiv. ; U. Everling, « Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationales Recht in der praktischen Rechtsanwendung », *N.J.W.*, 1967, p. 465, 467, 472 et 473 ; P.H. Kooijmans, « De richtlijn van het Europees Gemeenschapsrecht, karakter, functie en rechtsgevolg », *S.E.W.*, 1967, p. 122 ; R.H. Lauwaars, *Rechtmatigheid en rechtskracht van Gemeenschapsbesluiten*, Diss. Leiden, 1970, p. 28 à 31, et 43 ; G. Rambow, note sous l'arrêt *Grad*, *DVBI*, 1971, p. 46, 47.

(247) « Le droit communautaire et ses rapports avec les droits des États membres », *Le droit des Communautés européennes*, *Les Novelles*, Bruxelles, 1969, n° 157 ; « Le juge belge à l'heure du droit international et du droit communautaire », *J.T.*, 1969, p. 537, 542 ; voy. dans le même sens : H.A. Desmedt, « Les deux directives du Conseil de la C.E.E. concernant la police des étran-

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - L'effet direct des directives communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

distinction faite par la doctrine traditionnelle entre dispositions comportant des obligations imposées aux États et dispositions concernant directement les individus (248). Nous voudrions, par la présente contribution, tenter de démontrer que cette prise de position est non seulement dans la ligne de la jurisprudence établie en matière d'application interne des traités internationaux mais aussi qu'elle est fondamentalement justifiée sur le plan des principes.

2. — JURISPRUDENCE NATIONALE CONCERNANT LES EFFETS INTERNES DES OBLIGATIONS IMPOSÉES À L'ÉTAT.

Contrairement à une opinion largement répandue, les tribunaux internes n'ont jamais éprouvé de difficulté à admettre qu'il fallait reconnaître des effets internes aux dispositions conventionnelles qui imposent des obligations à l'État (249). En particulier, ils n'exigent pas qu'il soit établi que les parties contractantes ont eu l'intention de conférer des droits subjectifs ou d'imposer des obligations aux individus.

Ainsi, par un arrêt du 5 mai 1908, le Reichsgericht affirmait qu'un traité d'extradition passé avec la Belgique devait être appliqué d'office, nonobstant le fait que ce traité n'avait donné naissance à aucun droit pour l'extradé ; en conséquence, il annulait les poursuites intentées en contravention avec le traité (250). De même, le Conseil d'État de Belgique a considéré en 1958 que l'article 5 de la Convention d'Union de Paris, quoique, d'après son texte, clairement *non self-executing*, avait « atténué la rigueur » de l'article 23 de la loi du 24 mai 1854 en interdisant de prononcer la déchéance d'un brevet pour non-exploitation aussi

gers », *Cah. dr. eur.*, 1966, n° 1, p. 55, 70 ; E. Grabitz, *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*, Hambourg, 1966, p. 49 et 50 ; M. Waelbroeck, « L'application du droit communautaire par le juge national », *De individuele rechtsbescherming in de Europese Gemeenschappen*, Louvain, 1967, p. 169 ; « The Application of E.E.C. Law by National Courts », *Stanford Law Review*, 1967, p. 1248, 1272 ; F. Dumon, « La notion de " disposition directement applicable " en droit européen », *Cah. dr. eur.*, 1968, p. 369, 387 et suiv. ; P.J.G. Kapteyn et P. VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, Deventer, 1970, p. 129 et 130 ; R. Wägenbaur, « Zur Wirkung von Entscheidungen und Richtlinien des E.W.G.-Rechts », *A.W.D.*, 1970, p. 481 ; *id.*, « Neue Rechtsprechung zur innerstaatlichen Wirkung des Gemeinschaftsrechts », *A.W.D.*, 1971, p. 101 ; F. Capelli, « Der Anspruch auf Rückerstattung der an den italienischen Staat gezahlten Statistik – und Verwaltungsgebühren », *A.W.D.*, 1970, p. 545 ; E. Grabitz, « Entscheidungen und Richtlinien als unmittelbar wirksames Gemeinschaftsrecht. Zur Analyse der Leberpfennig-Urteile des Europäischen Gerichtshofes », *Europarecht*, 1971, p. 1 ; L. J. Brinkhorst, Note sous l'arrêt *Grad*, *Ars Aequi*, 1971, p. 143 ; D. De Ripainsel-Landy, note sous les arrêts *Grad* et *Sace*, *Cah. dr. eur.*, 1971, p. 453.

(248) *Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution*, Bruxelles, 1968, p. 41.

(249) M. Waelbroeck, *Traités internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché commun*, Bruxelles, 1969, n°s 170 à 173.

(250) *RGSt*, 41, 272 ; voy. déjà Reichsgericht, 22 septembre 1885, *RGSt*, 12, p. 381.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - L'effet direct des directives communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

longtemps qu'une licence obligatoire n'avait pas été accordée (251). Le 7 novembre 1962, soit *avant* l'arrêt *Van Gend en Loos* (252), le Conseil d'État d'Italie annulait des arrêtés ministériels contraires à l'article 31 du traité de Rome sans aucunement se demander si cette disposition créait pour les justiciables des droits individuels que les juridictions devaient sauvegarder, mais en se bornant à la constatation que les mesures attaquées étaient objectivement illégales (253). De nombreuses autres décisions pourraient être citées dans le même sens (254).

Dans tous ces cas, l'obligation imposée à l'État était complète et inconditionnelle, ne laissant place à aucun pouvoir d'appréciation quant à sa mise en œuvre. Le juge pouvait, sans sortir de ses attributions constitutionnelles, se fonder sur elle pour refuser d'appliquer une disposition nationale contraire. En revanche, lorsqu'il s'est trouvé confronté avec une disposition laissant à l'État une marge d'appréciation, ou accordant aux justiciables un droit nouveau sans en organiser de manière complète les modalités d'exercice, le juge a refusé d'en accorder le bénéfice aux particuliers aussi longtemps que les organes législatifs ou exécutifs n'avaient pas pris les mesures d'exécution qui s'imposaient (255). De même, lorsqu'il s'est agi de permettre d'opposer la règle internationale non à l'État mais à des particuliers, les tribunaux ont posé des conditions strictes, exigeant que la règle ait été régulièrement introduite dans l'ordre interne et qu'il ressorte clairement de sa teneur qu'elle avait pour objet de lier les individus (256).

En conclusion, il n'existe aucune règle générale selon laquelle, pour pouvoir produire des effets en droit interne, un traité doit avoir pour objet de créer des droits subjectifs ou d'imposer des obligations aux individus. Il n'est même pas indispensable que ce traité ait été rendu applicable en droit interne au moyen des procédures constitutionnelles appropriées. Il suffit qu'il impose à l'État une obligation complète et inconditionnelle, de telle sorte que le juge puisse, sans excéder ses pouvoirs, imposer le respect de la norme internationale à l'État. Ce n'est que lorsqu'il est question d'opposer le traité aux particuliers qu'il importe de vérifier s'il a pour but de donner naissance à des droits ou à des obligations individuels et s'il a fait l'objet d'une réception en droit interne.

(251) Conseil d'État, 8 mai 1958, *R.A.A.*, 1958, n° 6260 ; *Pas.*, 1959, IV, 71.
(252) Arrêt du 5 février 1963, aff. 26-62, *Recueil*, t. IX, p. 3.
(253) Arrêt du 7 novembre 1962, *Foro italiano*, 1963, III, col. 143.
(254) *Traités internationaux et juridictions internes*, *cit.*, n°s 159 et 160.
(255) *Ibid.*, n° 163.
(256) *Ibid.*, n° 162.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - L'effet direct des directives communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

3. — FONDEMENT THÉORIQUE DES EFFETS INTERNES DES OBLIGATIONS IMPOSÉES À L'ÉTAT.

Lorsqu'il refuse d'appliquer une mesure interne contraire à une obligation internationale pesant sur l'État, le juge se borne à un contrôle objectif de la conformité de la mesure avec le droit international. Le fait qu'il tienne compte de cette obligation dans la solution qu'il donne au litige dont il est saisi ne signifie pas qu'il considère qu'elle donne naissance à des droits subjectifs pour les individus (257). Il n'assimile pas la disposition internationale à une stipulation pour autrui (258). Sa décision s'explique par la considération fondamentale qu'en tant qu'organe de l'État, il s'efforce de maintenir la plus grande concordance possible entre l'ordre interne et l'ordre international et d'éviter, dans les limites de ses compétences, que la responsabilité internationale de l'État ne soit engagée.

Cette attitude se manifeste tant dans les pays à orientation dualiste que dans ceux où la doctrine moniste est prédominante. Il est admis tant en Italie et en Allemagne que dans les autres pays de la C.E.E. que les tribunaux doivent interpréter les traités en se conformant aux règles dégagées par la doctrine et la jurisprudence internationale, et non à celles employées pour l'interprétation des lois (259). Les principes de droit international relatifs à l'entrée en vigueur, à la sphère d'application, à la suspension et à l'extinction des traités sont maniés journellement par les tribunaux nationaux lorsqu'il s'agit pour eux de se prononcer sur l'efficacité interne de ces traités (260). Lorsqu'un conflit surgit entre une disposition de droit national et une règle internationale, même *non self-executing,* les tribunaux s'efforcent de le résoudre en interprétant le droit national de manière conforme au droit international (261). Le refus d'application du droit national contraire aux engagements internationaux de l'État n'est qu'une manifestation parmi d'autres de cette ouverture vers l'ordre international.

Point n'est besoin que la règle internationale imposant une obligation à l'État ait été introduite dans l'ordre interne pour que le juge puisse en tenir compte dans l'application — ou le refus d'application — du droit interne. Pareil formalisme serait contraire au fondement même des effets directs qu'il reconnaît, dans ce cas, à l'obligation. Si une réception s'impose lorsqu'il s'agit de créer des droits subjectifs ou d'imposer des obligations aux particuliers, on n'aperçoit pas sa nécessité lorsque le rôle

(257) Voy. J Mertens de Wilmars, « De directe werking van het Europese recht », *S.E.W.*, 1969, p. 62, 64 et 74.

(258) E. Grabitz, « Entscheidungen und Richtlinien », *cit.*, *Europarecht*, 1971, p. 1, 7.

(259) *Traités internationaux et juridictions internes*, *cit.*, n°s 197 à 200.

(260) *Ibid.*, n°s 142 à 147.

(261) *Ibid.*, n°s 218, 220, 222, 235 à 238, et 246.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - L'effet direct des directives communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

du juge consiste en un simple contrôle objectif. Tout comme il suffit, pour que le juge ne soit plus tenu de reconnaître les effets internes d'une obligation internationale, que celle-ci soit suspendue ou abrogée dans les rapports entre États (par suite de la caducité du traité qui lui a donné naissance par exemple), sans qu'il soit nécessaire que ce fait soit l'objet d'une publication officielle ou d'aucune autre mesure de réception (262), de même il suffit que l'État soit engagé internationalement pour que le juge doive refuser d'appliquer les mesures internes contraires aux obligations assumées, sans qu'on aperçoive pourquoi il faudrait que cette obligation ait été introduite dans le droit interne.

4. — PORTÉE DES EFFETS INTERNES DES OBLIGATIONS IMPOSÉES À L'ÉTAT.

Pour que les individus puissent acquérir des droits subjectifs ou se voir imposer des obligations, il faut que le traité fasse l'objet des procédures constitutionnelles destinées à lui donner force de loi interne et à le rendre opposable aux citoyens ; il faut en outre qu'il ressorte de ses termes que tel est son objet (263). Mais un traité qui ne remplit pas ces conditions n'en est pas pour autant dénué d'effets internes, ainsi que nous l'avons vu. Ces effets consistent dans la faculté donnée aux particuliers de se prévaloir de l'obligation internationale contenue dans le traité pour l'opposer à l'État et faire écarter l'application d'une mesure nationale incompatible avec elle.

Il ne s'agit pas de droits subjectifs (264). On a parlé, dans un contexte quelque peu différent, d'effets « par ricochet » (265). L'expression rend compte de manière heureuse de la portée des effets internes qui s'attachent aux obligations imposées à l'État. Ceux-ci ne sont que le reflet de l'obligation elle-même. Les individus ne peuvent s'en prévaloir que dans la mesure où l'État n'a pas été dispensé de la stricte observance de l'obligation qui leur donne naissance. Pareille dispense peut résulter du jeu d'une règle de droit international coutumier (clause *rebus sic stantibus*, exception d'inexécution, suspension ou caducité pour cause de guerre...) ou d'une convention abrogatoire, même non publiée (266). En aucun cas, les individus ne peuvent se fonder sur ce que le fait ayant entraîné l'extinction de l'obligation internationale n'a pas fait l'objet d'une publi-

(262) G. Langner et W. Wengler, « Die Rechtsnatur der Bekanntmachung über das Inkrafttreten völkerrechtlicher Verträge für den Staatsbürger », *N.J.W.*, 1962, p. 228 et suiv.

(263) *Supra*, n° 2.

(264) *Supra*, n° 3.

(265) Conclusions de M. l'avocat général Gand avant l'arrêt de la Cour de Justice du 11 juillet 1968, aff. 5-68, *Sayag*, *Recueil*, t. XIV, p. 575, 592.

(266) Voy. en ce sens : Reichsgericht, 23 mai 1925, *R.G.Z.*, 111, 40 ; Paris, 28 janvier 1926, *Sir.*, 1927, II, 1, note J.-P. Niboyet, *Rev. dr. int. priv.*, 1926, 244, note A. Pillet.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - L'effet direct des directives communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

cation régulière pour prétendre continuer à opposer cette obligation à l'État. L'obligation internationale est la mesure du droit d'agir des particuliers.

La situation n'est pas fondamentalement différente en droit communautaire. Si la Cour a admis à plusieurs reprises que les clauses du traité C.E.E. imposant aux États membres une obligation de « standstill » créent des droits individuels que les juridictions nationales doivent sauvegarder (267), c'est seulement dans la mesure où une décision communautaire n'a pas valablement relevé l'État en cause de l'obligation de se conformer à cette clause. Lorsque pareille décision intervient, les « droits individuels » cessent *ipso facto* d'exister, sans qu'il soit nécessaire que la décision soit publiée au *Journal officiel des Communautés* (268).

5. — EFFETS INTERNES DES DIRECTIVES ET DES DÉCISIONS ADRESSÉES AUX ÉTATS MEMBRES.

Il n'existe aucune raison de ne pas appliquer les solutions dégagées ci-dessus aux directives et aux décisions adressées aux États membres. On a parfois fait valoir qu'aussi longtemps que l'État n'a pris aucune mesure d'exécution, la situation serait analogue à celle qui existe lorsqu'une convention internationale a été conclue par l'État mais n'a pas encore été introduite dans l'ordre interne (269). Cet argument appelle une double réfutation. En premier lieu, le pouvoir d'adresser des directives et des décisions aux États membres est prévu par l'article 189 du traité, lequel a incontestablement été introduit dans l'ordre interne de chacun des États membres. On ne voit pas pourquoi les directives et les décisions prises en vertu de cette disposition « sortiraient » de l'ordre interne pour aller reprendre place exclusivement dans la sphère internationale (270). En outre, comme nous l'avons montré, la jurisprudence traditionnelle n'exige pas qu'une obligation internationale ait été introduite dans l'ordre interne pour qu'elle puisse y sortir des effets.

On objecte aussi que, selon l'article 189, seuls les règlements sont « directement applicables ». On en déduit *a contrario* que les directives et

(267) Arrêt du 5 février 1963, cité *supra*, note 9 ; arrêt du 15 juillet 1964, aff. 6-64, *Costa c. E.N.E.L.*, *Recueil*, t. X, p. 1141 ; arrêt du 15 décembre 1968, aff. 13-68, *Salgoil*, *Recueil*, t. XIV, p. 66.

(268) Arrêt du 18 février 1964, aff. jointes 73 et 74-63, *Internatio et Puttershoek*, *Recueil*, t. X, p. 1 et suiv. ; *J.T.*, 1964, p. 521, note F. Rigaux.

(269) A. Bleckmann, *Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge*, Berlin, 1970, p. 91.

(270) Considère aussi les directives comme faisant partie de l'ordre interne : E. Grabitz, *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*, p. 49.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - L'effet direct des directives communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

les décisions ne peuvent jamais avoir d'effets internes (271). Or, on l'a vu, l'intention des parties contractantes n'est pas indispensable pour qu'un traité puisse être invoqué par les particuliers devant les juridictions internes. Il suffit que l'obligation qu'il impose à l'État soit complète et inconditionnelle et qu'elle ne laisse subsister aucun pouvoir d'appréciation quant à sa mise en œuvre. Tel est généralement le cas des décisions adressées aux États membres. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce qu'on leur reconnaisse des effets en droit interne.

Faut-il refuser d'accepter la même solution en ce qui concerne les directives, sous prétexte que celles-ci laissent aux États membres la liberté de la forme et des moyens ? Nous ne le croyons pas. La liberté de l'État n'existe qu'aussi longtemps que le délai prescrit pour la mise en œuvre de la directive n'est pas expiré. Après, l'obligation qu'elle énonce devient pleinement efficace, et lie l'État dans toute la mesure du résultat prescrit. L'expérience a montré que celui-ci est souvent très précis et détaillé, de telle sorte qu'il se prête à être appliqué directement par le juge. Même lorsqu'il n'en est pas ainsi, la directive comporte interdiction d'adopter des mesures contraires au résultat prescrit. Le juge peut dès lors lui reconnaître des effets internes et permettre aux particuliers de s'en prévaloir devant lui pour faire écarter des mesures nationales contraires. Il n'y a pas lieu, à cet égard, de distinguer entre obligation de faire et obligation de ne pas faire. Seule compte, en définitive, l'obligation de résultat imposée à l'État, et dont le juge, au même titre que les autres organes de l'État, est tenu d'assurer le respect, dans les limites de sa compétence.

C'est à tort qu'on a craint qu'il en résulte une confusion entre les différentes catégories d'actes mentionnés à l'article 189 du traité (272). En reconnaissant que les directives et les décisions adressées aux États membres peuvent produire des effets internes, on ne leur reconnaît nullement la capacité de faire naître des droits subjectifs ou d'imposer des obligations aux justiciables. Seul, le règlement est en mesure de produire pareils effets. Les conséquences internes des directives et des décisions se limitent aux « effets par ricochet » décrits plus haut, et qui consistent dans la faculté pour les individus de se prévaloir, devant leurs juridictions, de l'obligation imposée à l'État pour faire écarter l'application d'une mesure nationale qui lui serait contraire.

Ce serait vainement qu'on tenterait de priver les directives et les décisions de leur efficacité interne en s'abstenant de les publier au *Journal officiel des Communautés européennes*. La publication n'est pas requise pour que l'obligation imposée à l'État puisse produire des effets internes.

(271) R.H. Lauwaars, *op. cit.*, p. 30 ; voy. aussi les observations du gouvernement de la République fédérale d'Allemagne dans l'affaire *Grad*, *Recueil*, t. XVI, p. 825, 834.

(272) G. Rambow, note citée *supra*, note 3.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - L'effet direct des directives communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La seule conséquence d'une absence de publication serait de créer une discrimination entre les justiciables, ceux ayant pu obtenir connaissance de l'existence et du contenu de l'acte non publié étant seuls à pouvoir en revendiquer le bénéfice. Pareil résultat ne paraît guère recommandable.

De même, une affirmation dans le texte de l'acte ou dans son préambule que ses auteurs n'ont pas entendu créer des droits pour les justiciables serait dénuée d'effet, puisque pareille intention n'est pas requise pour que l'acte puisse être invoqué devant les juridictions internes.

6. — CONCLUSION.

Les arrêts de la Cour de Justice reconnaissant les effets internes des directives et des décisions adressées aux États membres ont provoqué des remous injustifiés. Une analyse objective et sans parti pris permet d'établir que les résultats auxquels a abouti la Cour ne bouleversent aucunement les catégories prévues par le traité. On ne peut leur reprocher d'être inspirées par la volonté délibérée d'étendre au maximum l'empire de la règle communautaire et de la rendre la plus contraignante possible (273). En statuant comme elle l'a fait, la Cour de Justice s'est bornée à transposer aux traités communautaires les solutions dégagées à l'occasion de l'application interne des traités de type classique (274). Elle l'a fait en tenant compte des caractéristiques propres de l'ordre juridique communautaire, et notamment du fait que les obligations qu'il impose aux États membres sont généralement plus détaillées et complètes et que leur délai d'exécution est plus précis que celles qui résultent des traités internationaux traditionnels. Elle a rejeté les arguments d'ordre formel par lesquels une partie de la doctrine avait tenté de s'opposer à la reconnaissance d'effets internes aux directives et aux décisions, montrant qu'elle n'était pas abusée par « ce formalisme qui, si souvent, a empêché de voir ce qu'il y a de fondamental dans le droit » (275). Ce faisant, elle est restée strictement dans son rôle, qui est d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et dans l'application du traité.

* * *

(273) Voy. en ce sens les reproches que fait à la Cour un fonctionnaire international anonyme dans *Le Monde* du 27 avril 1971, p. 19.

(274) Brinkhorst, au contraire, tout en approuvant la Cour, croit voir dans sa jurisprudence l'expression d'une conception juridico-politique quant à la nature des Communautés européennes : note sous l'arrêt *Grad*, *Ars Aequi*, p. 143, 148.

(275) W.J. Ganshof van der Meersch, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 1er septembre 1970, Bruxelles, p. 120.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - L'effet direct des directives communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Si je défendais l'effet direct des directives, je n'allais pas jusqu'à prôner ce qu'on appelé leur effet direct « horizontal », c'est-à-dire la capacité de conférer des droits ou d'imposer des obligations dans les relations entre particuliers. La directive étant par définition adressée aux États membres et sa publication au *Journal officiel* des Communautés européennes n'étant pas prévue par le traité, il me paraissait impossible de franchir ce pas supplémentaire.

J'exposai ce point de vue dans une conférence à la rencontre « London-Leiden » organisée par l'Europa-Instituut de Leyde le 3 juin 1978 (276). Huit ans plus tard, la Cour allait clairement rejeter la thèse de l'effet direct horizontal des directives (277).

Malgré les résistances initiales de certaines d'entre elles, l'ensemble des juridictions nationales finit par accepter l'effet direct « simple » des directives. Toutefois, dans certains pays, des tentatives furent faites pour en limiter autant que possible la portée.

J'eus l'occasion, dans mon activité d'avocat, d'être confronté à l'une d'elles à l'occasion d'une réclamation introduite par la société Marks & Spencer contre une imposition qu'elle estimait contraire à la sixième directive sur l'harmonisation des taxes sur la valeur ajoutée. En l'espèce, il n'était pas contesté que la directive avait été correctement transposée en droit national ; le litige portait sur la conformité à la directive de l'application qui avait été donnée à la loi de transposition. Mon adversaire, le barrister Paul Lasok, avait avancé une thèse originale selon laquelle la transposition correcte d'une directive en droit national prive les justiciables de la possibilité de l'invoquer devant les tribunaux nationaux. Cette thèse fut acceptée tant par le V.A.T. Tribunal que par la High Court et la Court of Appeal of England and Wales. Cette dernière n'en estima pas moins devoir poser à la Cour de justice un certain nombre de questions d'interprétation sur d'autres aspects du litige. L'affaire fut plaidée devant les juridictions anglaises et la Cour de justice par mon neveu Denis Waelbroeck, qui m'avait succédé après que j'eusse pris ma retraite (et que j'eusse perdu l'affaire devant le V.A.T. Tribunal). Dans son arrêt, la Cour estima — quoiqu'elle ne fût pas interrogée sur ce point — devoir rectifier la prémisse sur la base de laquelle les questions lui avaient été posées. Elle souligna avec la plus grande fermeté qu'une directive étant obligatoire quant à ses objectifs pour tous les organes de l'État, le fait qu'elle soit correctement transposée n'épuise pas ses effets : les particuliers conservent le droit

(276) Cet exposé ne donna pas lieu à une publication.
(277) C.J. 14 juillet 1994, C-91/92, *Faccini Dori*, *Rec.*, 1994, p. I-3325.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - L'effet direct des directives communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de l'invoquer dans tous les cas où l'application qui en est faite s'avère contraire à ses objectifs, que cette contrariété résulte de la mesure de transposition elle-même ou de l'application pratique qu'elle reçoit (278).

(278) C.J. 11 juillet 2002, C-62/00, Marks & Spencer plc v. Commissioner of Custom and Excise, *Rec.* 2002, p. I-6325.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - L'effet direct des directives communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

4. *La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne*

Le fait qu'une disposition de droit international ou de droit communautaire soit déclarée directement applicable ne suffit pas nécessairement à assurer sa pleine efficacité interne. Il se peut, en effet, qu'elle se heurte aux dispositions d'une loi nationale. À laquelle des deux sources les tribunaux nationaux devront-ils donner la préférence ?

Lorsque le conflit se produit avec une loi existante, il n'existe guère de difficulté. Il est en effet généralement admis que les traités, une fois régulièrement entrés en vigueur, approuvés et publiés, l'emportent sur les lois antérieures. Le même raisonnement s'applique *a fortiori* s'il s'agit d'une disposition de droit communautaire.

Mais lorsque la loi est postérieure en date, la réponse est moins évidente.

J'ai étudié ce problème, ainsi que les réponses qui lui ont été apportées dans les droits des six États membres originaires de la Communauté européenne, dans la troisième partie de l'ouvrage que j'ai rédigé sur les effets internes des traités internationaux.

Traités internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché commun,
Bruxelles, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1969, Chapitre IV, « Le conflit entre le traité et la loi postérieure », pp. 239-281.

INTRODUCTION.

214. C'est avec l'hypothèse d'un conflit entre un traité et une loi postérieure que le problème de la place occupée par le traité dans l'ordre interne se pose avec la plus grande acuité. Selon la solution retenue — primauté du traité ou primauté de la loi — la spécificité du traité se verra pleinement consacrée ou, au contraire, écartée au profit de l'assimilation à la loi.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Nous constaterons dans le présent chapitre que les droits des six pays examinés peuvent être groupés en trois catégories : ceux où, en cas de conflit, le traité cède au profit de la loi postérieure, ceux où il l'emporte sur celle-ci, enfin ceux où la solution n'est pas certaine. Nous verrons que, malgré ces différences théoriques, les solutions apportées par la jurisprudence aux conflits qui se sont produits ne présentent pas de divergence majeure d'un pays à l'autre. Grâce à la règle selon laquelle le législateur est présumé ne pas avoir voulu porter atteinte aux engagements internationaux liant l'État, les tribunaux sont parvenus à résoudre la plupart des difficultés sans devoir trancher le problème de principe.

SECTION Ire. — L'ALLEMAGNE ET L'ITALIE.

215. Tant la loi fondamentale de Bonn que la constitution républicaine d'Italie affirment le principe de la primauté du droit international général sur l'ordre interne (279). Une règle analogue était déjà reçue par la constitution de Weimar (280). La jurisprudence (281) et la majorité de la doctrine (282) en déduisent la possibilité, pour les juridictions constitutionnelles, d'écarter pour inconstitutionnalité les lois contraires au droit international général (283).

On aurait pu penser que, par identité de motifs, la primauté des traités sur les lois postérieures contraires aurait été reconnue sans difficulté. Il pouvait paraître logique de considérer les dispositions constitutionnelles en cause comme l'expression du principe plus général de la soumission de l'ordre interne au droit international sous toutes ses formes, qu'il s'agisse du droit coutumier, des principes généraux ou du

(279) Article 25 de la loi fondamentale : « Les règles générales du droit international font partie intégrante du droit fédéral. Elles priment les lois et font naître directement des droits et des obligations pour les habitants du territoire fédéral ».

Article 10, alinéa 1er, de la constitution italienne : « L'ordre juridique italien se conforme aux règles du droit international généralement reconnues ».

(280) Article 4 : « Les règles du droit des gens sur lesquelles il y a accord général comptent comme parties intégrantes obligatoires du droit de l'Empire allemand ». Voy. sur cette disposition : G.A. Walz, « Die Bedeutung des Artikels 4 der Weimarer Reichsverfassung für das nationale Rechtssystem », in : *Z.f.V.*, 1926, 165 et suiv.

(281) Allemagne : B. Verf. G., 26 mars 1957, *B. Verf. G.E.*, 6, 309. Italie : Cassaz. S.U., 28 janvier 1957, ordonnance, *R.d.i.*, 1958, 450 ; Cassaz. pen., 25 novembre 1959, *R.d.i.*, 1962, 256 ; Corte costituzionale, 22 décembre 1961, n° 67, *G.I.*, 1962, col. 778, note A. La Pergola.

(282) W. Pigorsch, *op. cit.*, p. 23 et suiv., et les auteurs cités à la page 32. En Italie : A. La Pergola, *Costituzione e adattamento*, p. 267 à 274 ; *id.*, note sous Corte costituzionale, précitée ; M. Miele, *op. cit.*, p. 19 ; R. Quadri, *op. cit.*, p. 58 ; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, p. 1053 ; G. Balladore Pallieri, *op. cit.*, p. 405 ; G. Baschieri, L. Bianchi d'Espinosa et C. Giannattasio, *op. cit.*, p. 39 ; C. Lipartiti, « L'adattamento degli ordinamenti interni al diritto internazionale », *Archivio giuridico* « Filippo Serafini », 1953, p. 131-134.

(283) Il est à remarquer qu'avant que la Cour constitutionnelle italienne ne fut entrée en fonction, les tribunaux ordinaires n'avaient aucun moyen de faire écarter une loi contraire au droit international général : ils se voyaient par conséquent tenus d'appliquer la loi nonobstant une contrariété éventuelle : Cassaz. civ., 28 avril 1954, *G.I.*, 1955, I, 1, 196, et note Cl. Papi.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

droit conventionnel. Les cours constitutionnelles auraient alors été investies du pouvoir de déclarer inconstitutionnelle toute loi contrevenant au droit international, quelle qu'en soit la forme.

Pourtant, la plupart des auteurs se sont refusés à aller jusque là. Invoquant notamment la volonté du constituant, telle qu'elle s'est manifestée pendant les travaux préparatoires, ils limitent la sphère d'efficacité de la norme constitutionnelle au seul droit international général, à l'exclusion des traités (284). Certains tentent d'assurer la primauté des traités par une voie indirecte : tout en admettant que la constitution n'exige l'adaptation de l'ordre interne qu'aux règles générales du droit des gens, ils considèrent qu'au cas où le législateur adopterait une loi contraire à un traité, il violerait la règle *pacta sunt servanda*, laquelle fait partie du droit des gens général ; de ce fait, la loi serait inconstitutionnelle (285). Pour séduisante qu'elle paraisse, cette thèse n'est pas généralement acceptée. La majorité de la doctrine considère que la norme *pacta sunt servanda* oblige l'État dans les relations internationales, mais que, comme telle, elle n'est pas susceptible de recevoir une application interne (286). Il en

(284) En Italie, voy. A.P. Sereni, *op. cit.*, vol. Ier, p. 231 et 232 ; G. Sperduti, *Lezioni di diritto internazionale*, p. 106 ; F. Pierandrei, « Sui rapporti fra ordinamento statale e ordinamento internazionale », *G.I.*, 1949, II, col. 283 à 285 ; G. Biscottini, article cité, *Jus*, 1950, p. 225 à 228 ; F. Capotorti, « Accordi internazionali sulla circolazione stradale e "codici della strada" », *Com. e St.*, t. X, p. 130 ; R. Luzzatto, « I problemi di diritto internazionale nella giurisprudenza italiana », *Com. e St.*, t. X, p. 631 ; C. Fabozzi, *op. cit.*, p. 162 à 164 ; A. La Pergola, *op. cit.*, p. 310 à 320 ; N. Catalano, « La position du droit communautaire dans les droits nationaux », in : *Droit communautaire et droit national*, *Semaine de Bruges 1965*, p. 74, et la note en bas de page ; S. Neri, « Le juge italien et le droit communautaire », in : *Le juge national et le droit communautaire*, p. 77 et suiv.

(285) Cette thèse a été défendue en Italie par R. Quadri, *op. cit.*, p. 65, n° 18 ; voy. aussi R. Socini, *op. cit.*, p. 109 ; M. Miele, *op. cit.*, p. 73 ; G. Cansacchi, « Le comunità sopranazionali, gli ordinamenti comunitari e gli ordinamenti degli Stati membri », in : *Studi in onore di* Emilio Crosa, t. Ier, p. 326 ; G. Salvioli, « Qualche riflessione sulla legge e il trattato », *Z.a.ö.R.V.*, 1958, p. 385 ; G. Baschieri, L. Bianchi d'Espinosa et C. Giannattasio, *op. cit.*, p. 39 et 40.

En Allemagne, une thèse analogue, fondée sur l'article 25 de la constitution de Bonn, a été soutenue par : F. Münch, « Droit international et droit interne d'après la constitution de Bonn », *Revue internationale française de droit des gens*, 1950, p. 14 ; E. Kaufmann, « Traité international et loi interne », *R.d.i.*, 1958, p. 388 ; L. Preuss, « The Execution of Treaty Obligations through Internal Law », *Transactions of the Grotius Society of International Law*, t. VL, 1951, p. 94 et suiv.

(286) Voy. parmi la doctrine italienne : G. Sperduti, *op. cit.*, *ibid.* ; F. Pierandrei, article cité, *ibid.* ; A. La Pergola, *op. cit.*, *ibid.* ; N. Catalano, rapport cité, *ibid.* ; G. Barile, *Diritto internazionale e diritto interno*, p. 120 ; S. Neri, « Le droit communautaire et l'ordre constitutionnel italien », *Cahiers de droit européen*, 1966, p. 368. Avec quelques nuances : G. Biscottini, article cité, *ibid.*

Parmi la doctrine allemande : G. Dahm, *Völkerrecht*, t. Ier, p. 66 ; W. Pigorsch, *op. cit.*, p. 91 et 92 ; F. Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts*, t. Ier, p. 100 ; H. Mosler, *Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte*, p. 39 à 42 ; *id.*, « Die Gewährleistung des Völkerrechts durch die nationale Verfassung », in : *Problèmes contemporains de droit comparé*, p. 174 et 175 ; Schröcker, « Das vertragswidrige Gesetz », *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1958, p. 414 ; R. Herzog, « Das Verhältnis der Europaischen Menschenrechtskonvention zu späteren deutschen Gesetzen », *D.Ö.V.*, 1959, p. 44 ; K.J. Partsch, rapport cité, p. 72 et suiv. ; E. Menzel, « Die Geltung internationaler Verträge im innerstaatlichen Recht », *Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Hamburg*, *1962*, p. 411 et 412 ; K. Zweigert, « Der Einfluss des Europäis-

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

résulte que la loi qui irait à l'encontre d'un engagement conventionnel de l'État devrait être appliquée par les juges.

216. La jurisprudence se range à cette dernière opinion. Ainsi, la Cour constitutionnelle allemande, dans l'affaire du Concordat, déclara que l'article 25 de la constitution ne vise que les règles générales du droit des gens, et que « les stipulations particulières des traités, même lorsqu'elles établissent des règles de droit positif, ne bénéficient pas de cette situation privilégiée » (287).

La Cour constitutionnelle d'Italie tient un langage similaire dans un arrêt du 12 mai 1960 : « L'article 10 de la constitution se réfère aux normes du droit international généralement reconnues, et non aux engagements particuliers assumés par l'État dans la sphère internationale, ainsi qu'il résulte clairement du texte de la disposition et des travaux préparatoires » (288). Quelque temps auparavant, la Cour de cassation avait reconnu que l'article 10 « vise seulement les normes internationales généralement reconnues, c'est-à-dire les coutumes générales qui en dérivent, et non les obligations qui sont introduites dans le droit positif par l'effet de la ratification des traités internationaux qui les contiennent » et avait rejeté comme manifestement mal fondée la question de constitutionnalité qui était soulevée devant elle de ce chef (289).

217. La voie de l'article 10 de la constitution italienne et de l'article 25 de la constitution de Bonn ne permettant pas d'assurer la supériorité des traités sur les lois, certains se sont demandés si ce résultat ne pourrait être atteint, pour certains traités, par d'autres dispositions, et notamment par les articles 11 et 24, respectivement, de ces constitutions, qui prévoient la possibilité de transférer certaines compétences à des organisations internationales (290). Cette opinion est défendue avec beaucoup de vigueur par une partie importante de la doctrine allemande en ce qui

---

chen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten », *RabelsZ.*, 1964, p. 635 et 636 ; G. Boehmer, *op. cit.*, p. 67 ; R. Christiansen, « Zollrecht und Völkerrecht », *Z.f.Z.*, 1967, p. 80.

(287) Bundesverfassungsgericht, 26 mars 1957, *B. Verf. G.E.*, 6, 309 et suiv. ; voy. aussi R.G., 2 juin 1881, *R.G.St.*, 4, 271 (concernant le conflit entre un traité conclu par un État fédéré et une loi d'Empire) ; R.G., 2 mars 1933, *R.G.St.*, 67, 130 (qui rejette la primauté du traité déduite de l'article 4 de la constitution de Weimar).

(288) *R.d.i.*, 1960, 519 ; *G.I.*, 1960, I, 1, 1073 ; voy. aussi Cour constitutionnelle, 11 mars 1961, *R.d.i.*, 1961, 670 ; *G.I.*, 1961, I, 1, 861, note Pizzorusso.

(289) Cassaz. S.U., ord., 28 janvier 1957, *R.d.i.*, 1958, p. 450 ; voy. aussi l'intéressant jugement du tribunal de Bergame, 8 janvier 1958, *R.d.i.*, 1958, 451. Cp. Cassaz., 31 juillet 1946, *Foro it.*, 1947, I, 370, note Bartolomei.

(290) Article 11 de la constitution italienne : « L'Italie... consent... aux limitations de souveraineté nécessaires pour un ordre assurant la paix et la justice entre les nations ».

Article 24, premier alinéa de la constitution de Bonn : « La Fédération peut transférer des droits de souveraineté (*Hoheitsrechte*) à des institutions internationales par voie législative ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

concerne les traités instituant les Communautés européennes (291). Du fait que l'article 24 de la constitution permet expressément les transferts de droits de souveraineté (*Hoheitsrechte*), il résulte, selon cette thèse, que l'application d'une loi interne contraire aux traités instituant les Communautés européennes ou aux mesures prises pour leur exécution constituerait un empiètement sur la sphère de compétences attribuées aux Communautés, et entraînerait une violation de la disposition constitutionnelle.

En Italie, la tentative de Catalano d'asseoir la primauté du droit communautaire sur l'article 11 de la constitution, n'a pas été suivie par la majorité de la doctrine (292) ; elle a été rejetée par la Cour constitutionnelle dans la célèbre affaire de l'E.N.E.L. (293). Appelée par le juge de paix de Milan à se prononcer à titre préjudiciel sur la constitutionnalité de la loi du 6 décembre 1962 portant nationalisation de l'énergie électrique, la Cour se vit poser le problème de savoir si une violation éventuelle, par cette loi, du traité de Rome instituant la Communauté économique européenne, entraînait une violation de l'article 11 de la constitution. La Cour affirme que la seule portée de l'article 11 est de rendre possible la conclusion de traités portant limitation de souveraineté et la mise à exécution interne de ces traités par une loi ordinaire (alors que, sinon, une loi constitutionnelle serait nécessaire). Ceci, poursuit la Cour, « n'implique aucune dérogation aux règles en vigueur concernant l'efficacité en droit interne des obligations assumées par l'État dans ses rapports avec les autres États, l'article 11 n'ayant pas conféré à la loi ordinaire rendant exécutoire le traité une efficacité supérieure à celle qui est propre à une telle source de droit ». Pour la même raison, la Cour rejette la thèse selon laquelle « la loi qui contient des dispositions contraires à celles d'un traité serait inconstitutionnelle pour violation indirecte de l'article 11 du fait de sa contrariété avec la loi donnant exécution au traité ». Pour

(291) C.F. Ophüls, rapport allemand, *2e Colloque international de droit européen*, p. 218 et suiv. ; K. Zweigert, « Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten », *RabelsZ.*, 1964, p. 638 à 640 ; H.P. Ipsen, « Das Verhältnis des Rechts der europäischen Gemeinschaften zum nationalen Recht », in : *Aktuelle Fragen des europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 1 et suiv. ; J. Frowein, « Zum Verhältnis zwischen dem EWG-Recht und nationalem Recht aus der Sicht des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften », *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1964, 233 ; E. Wohlfarth, « Anfänge einer europäischen Rechtsordnung und ihr Verhältnis zum deutschen Recht », *Juristen-Jahrbuch*, 1962-1963, p. 241 et suiv. ; E. Grabitz, *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*. Voy. aussi à ce sujet : M. Waelbroeck et Y. van der Mensbrugghe, « L'attribution de compétences constitutionnelles à des institutions de droit international public », p. 46 et suiv.

(292) N. Catalano, Note au *Foro italiano*, 1964, IV, 23 ; *id.*, « La position du droit communautaire dans le droit des États membres », in : *Droit communautaire et droit national*, p. 75 à 78.

Contra : S. Neri, article cité, *Cahiers de droit européen*, 1966, p. 368 ; C. Cereti, *Corso di diritto costituzionale*, p. 94 ; G. Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale*, p. 409 et 410. De même, R. Monaco (« Costituzionalità degli accordi internazionali », in : *Studi in onore di* E. Crosa, t. II, p. 1274) pense que l'article 11 n'a entendu viser que l'Organisation des Nations Unies.

(293) Arrêt n° 14 du 24 février 1964, *Foro it.*, 1964, I, 465.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

terminer, la Cour affirme la pleine applicabilité, dans l'hypothèse d'un conflit entre le traité communautaire et la loi, de la règle *lex posterior derogat priori* (294).

218. Si l'assimilation, au point de vue interne, du traité à la loi entraîne l'obligation pour les juges italiens et allemands, en cas de conflit, d'appliquer la norme postérieure (295), il ne faudrait pas croire que la nature spécifique du traité soit entièrement méconnue dans ces deux droits. Au contraire, les tribunaux s'efforcent de concilier la loi avec le traité, notamment en présumant que l'intention du législateur a été de ne pas porter atteinte à l'application du traité (296). Cette technique d'interprétation est également recommandée par la doctrine, laquelle souligne (notamment en Italie) que, si le traité n'est jamais applicable tel quel par les juridictions internes, les normes d'adaptation émises pour mettre l'ordre interne en harmonie avec les obligations découlant de l'instrument international (297) ne doivent être considérées comme abrogées par une loi postérieure que si toute tentative d'interpréter la loi d'une façon conforme auxdites normes a échoué (298). Pour certains, cette conciliation est généralement possible en raison du fait que les normes d'adaptation établissent un régime *spécial*, qui ne vaut que dans les rapports entre États contractants, et que la loi interne, de caractère *général*, est censée réserver (299). D'autres vont plus loin, et insistent

(294) « Le principe de la succession des lois dans le temps entraînant le principe de la pleine efficacité des lois postérieures à la loi d'exécution, il en résulte que le conflit entre les premières et la seconde ne peut donner lieu à une question de constitutionnalité ».

(295) Sauf si le traité ne fait que codifier des règles générales du droit international, auquel cas les dispositions assurant la primauté du droit international général retrouveront application. Peut-être faut-il également réserver, pour le droit allemand, le cas des traités emportant transfert de droits souverains. Cf. *supra*, n° 217.

(296) En *Allemagne* : R.G., 1er juillet 1889, *R.G.Z.*, 24, 12 ; 23 juin 1890, *ibid.*, 26, 117 ; 24 juin 1909, *ibid.*, 71, 293 ; 18 janvier 1932, *R.G.St.*, 66, 87 ; 13 janvier 1936, *ibid.*, 70, 74 ; Bundesfinanzhof 7 mai 1951, *Entscheidungen des Bundesfinanzhofs*, 55, 307.

En *Italie* : Cassaz., 7 octobre 1921, *G.I.*, 1921, II, 454 ; 6 février 1926, *Cl.*, 1926, 1091 ; 22 juin et 16 juillet 1954, *Rivista del diritto della navigazione*, 1954, II, 141, note G. Ricardelli, *Foro it.*, 1955, I, 33 ; 30 septembre 1955, *Foro it.*, 1956, I, 740 ; 10 février 1956, *R.d.i.*, 1957, 275, note G. Barile ; 6 juin 1955, *Foro it.*, *Repertorio*, 1955, voce « Competenza civile », n° 39 ; C.A. Trieste, 13 juillet 1956, *Foro it.*, 1957, I, 470 ; C.A. Milan, 31 juillet 1956, *Foro padano*, II, 67. Voy. en outre les décisions citées par R. Luzzatto, chronique précitée, *Com. e St.*, t. X, p. 642.

(297) Sur la notion de « norme d'adaptation », cf. *supra*, n° 87.

(298) R. Quadri, *op. cit.*, p. 65 ; F. Capotorti, article cité, *Com. e St.*, t. X, p. 130 ; M. Miele, *op. cit.*, p. 20. Voy. aussi, en Allemagne : H. Mosler, *Das Völkerrecht in der Praxis*, p. 26 ; J. Hatschek, *Institutionen des deutschen Staatsrechts*, t. I, p. 458 ; G.A. Walz, « Das Verhältnis von Völkerrecht und staatlichem Recht nach nazional-sozialistischer Rechtsauffassung », *Z.V.R.*, 1934, t. XVIII, p. 152 et 153 ; Schröcker, « Das vertragswidrige Gesetz », *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1958, p. 414.

(299) J. Hatschek, *op. cit.*, p. 458 ; H. Mosler, *op. cit.*, p. 27. La thèse de la « spécialité » était également avancée par R. Quadri, dans la première édition de son traité, à l'appui de la primauté du traité sur la loi ; toutefois, dans les éditions postérieures, il en souligne les limites (voy. notamment 4e édition, 1963, p. 65).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

avec C. Fabozzi (300) sur la supériorité *matérielle* de la loi d'exécution, destinée à permettre l'accomplissement par l'État de ses obligations internationales, de sorte que l'interprète a l'obligation de la faire prévaloir sur les autres lois internes en cas de conflit. Toutefois, cette supériorité n'étant pas d'ordre *formel*, elle est susceptible d'être écartée par une volonté législative clairement exprimée en sens contraire (301).

Quelle que soit l'explication théorique adoptée, tant la doctrine que la jurisprudence reconnaissent la nécessité de faire prévaloir le traité (ou, selon la théorie dualiste de la transformation, les normes d'adaptation) sur les lois postérieures, moyennant une conciliation appropriée de leurs dispositions respectives. Ce n'est que dans l'hypothèse assez théorique d'un conflit ouvert et non susceptible d'être résolu par les méthodes d'interprétation indiquées ci-dessus que le traité cédera devant la loi postérieure (302).

SECTION II. — LES PAYS-BAS.

219. Depuis la révision constitutionnelle de 1953, les tribunaux néerlandais sont tenus d'appliquer les traités nonobstant toutes dispositions contraires des lois antérieures ou postérieures. Aux termes de l'article 66 de la constitution, telle que révisée en 1956, « les prescriptions légales en vigueur dans le Royaume ne reçoivent pas application lorsque ladite application serait inconciliable avec les dispositions obligatoires pour tous accords conclus soit avant, soit après l'adoption de ces prescriptions ». Toutefois, dès avant 1953, la question de l'autorité respective du traité et de la loi avait fait l'objet de vives controverses parmi les auteurs et avait été soumise à plusieurs reprises aux cours et tribunaux. Avant d'étudier les problèmes que suscite l'article 66 de la constitution actuelle, il paraît utile, par conséquent, de rappeler la situation antérieure à la révision constitutionnelle.

220. Selon qu'ils se rattachaient au courant moniste ou dualiste — et qu'ils considéraient, par voie de conséquence, que le traité a effet par lui-même dans l'ordre interne ou que seule est applicable la loi d'appro-

(300) *Op. cit.*, p. 161 à 164. Outre C. Fabozzi, R. Quadri (cf. note précédente) et A. La Pergola rejettent l'idée de « spécialité » comme fondement suffisant pour la primauté du traité (*op. cit.*, p. 223 et suiv., en note).

(301) C. Fabozzi, *op. cit.*, p. 164.

(302) Il est vrai que dans l'arrêt du 24 février 1964 (discuté *supra*, n° 217, la Cour constitutionnelle s'est contentée d'affirmer la validité d'une loi éventuellement contraire au traité de Rome, sans rechercher s'il existait d'incompatibilité en l'espèce. Étant donné la façon dont la question était posée à la Cour, il semble qu'il lui aurait été difficile de faire autrement. Observons en outre qu'ainsi qu'il apparaît de l'arrêt rendu le 15 juillet suivant par la Cour de Justice des Communautés européennes, la loi instituant l'E.N.E.L. n'était pas contraire au traité (cf. *Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice*, t. X, p. 1141).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

bation, considérée comme ordre législatif d'exécution (303) — les auteurs affirmaient ou niaient la suprématie des traités sur les lois postérieures. La question fit notamment l'objet des débats de l'Association des juristes néerlandais en 1937 (304), où la thèse de la primauté du traité, défendue par Verzijl (305) se heurta à celle de la supériorité de la *lex posterior* que soutenait Telders (306).

De son côté, la jurisprudence ne prit jamais position de façon explicite. Dans tous les cas où le problème fut soulevé, le Hoge Raad réussit à éviter de le trancher, soit en constatant que la contradiction alléguée était inexistante, de sorte que la loi devait s'appliquer (307), soit en interprétant la loi comme ayant réservé le jeu du traité, de sorte que celui-ci continuait à régir le cas d'espèce (308). On trouve dans certaines décisions des affirmations de principe allant tantôt dans le sens de la primauté de la loi, tantôt de celle du traité. Ainsi, un « *dictum* » d'un arrêt du 3 mars 1919 laisse entendre qu'en cas de conflit explicite, la loi devrait recevoir application (309). Trente années plus tard, le Conseil spécial de cassation, présidé par Verzijl, affirma qu'un accord international, limitant par nature la souveraineté des parties contractantes, a une valeur supérieure

(303) À ce sujet, voy. *supra*, n°s 52 et suiv.

(304) Voy. *supra*, n° 56.

(305) Rapport cité, p. 23 et suiv.

(306) Rapport cité, p. 18 à 21. Voy. aussi L. Erades et W.L. Gould, *op. cit.*, p. 412 et 413, qui énumèrent les auteurs qui s'étaient prononcés en faveur de chacune des deux thèses.

(307) 8 février 1915, *W.*, 9792, *N.J.*, 1915, p. 655 : la convention de Mannheim ne fait pas obstacle à ce que les États riverains prescrivent, dans l'intérêt de la sécurité publique, des mesures réglementant la navigation rhénane, et notamment qu'ils imposent aux exploitants de navires l'obligation d'être munis d'un certificat de navigabilité.

18 mars 1950, *N.J.*, 1950, n° 633, note B.V.A. Röling : la convention de Mannheim n'interdit pas aux États riverains de réglementer le prix des services de transport sur le Rhin.

(308) 3 mars 1919, *N.J.*, 1919, 371, et 29 novembre 1920, *N.J.*, 1920, 1210 : la loi du 3 août 1914, interdisant les exportations vers l'Allemagne aux personnes qui n'étaient pas titulaires d'une licence, ne s'applique pas aux propriétaires de biens situés de part et d'autre de la frontière et qui possédaient le droit, en vertu du traité d'Aix-la-Chapelle du 26 juin 1826 avec la Prusse, de transporter librement leur bétail, leurs récoltes et leurs instruments d'une partie à l'autre de leur propriété.

17 décembre 1934, (2 espèces), *W.*, 12849, note J.H.W. Verzijl, *N.J.*, 1935, p. 5 et 11, note Taverne : la loi du 5 mai 1933 sur la distribution proportionnelle des frets fluviaux ne s'applique qu'aux cours d'eau sur lesquels la navigation n'est pas soumise aux prescriptions de la convention de Mannheim garantissant la liberté de navigation rhénane.

25 janvier 1952, *N.J.*, 1952, n° 125 : le décret du 15 novembre 1940 du secrétaire général du département du Waterstaat n'est pas illégal pour contrariété avec la convention de Mannheim, car il est susceptible de trouver application à des situations non régies par ladite convention. En revanche, deux arrêtés ministériels de 1948 et de 1950, pris en application du décret, doivent être déclarés inapplicables car ils ont pour objet d'influencer directement les conditions de la navigation rhénane.

(309) L'arrêt déclare : « On ne peut admettre — à moins que le texte de la loi ne l'impose — que le législateur néerlandais ait dérogé unilatéralement et arbitrairement par une loi aux dispositions stipulées dans un traité ratifié avec une puissance étrangère » (*N.J.*, 1919, p. 371). Il faut ajouter qu'un arrêt du 12 janvier 1942 (*N.J.*, 1942, n° 271) paraît aussi affirmer la supériorité de la loi. Toutefois, il ne peut être considéré comme un précédent valable, étant donné que les juges furent vraisemblablement influencés par des considérations dues à l'existence du régime d'occupation : cf. L. Erades et W.L. Gould, *op. cit.*, p. 400.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

à celle de la loi (310). Dans aucun de ces cas, la question du conflit ne dut être expressément tranchée.

Les membres du parquet de la Cour suprême eurent aussi l'occasion de se prononcer. Dans ses conclusions avant un arrêt du 29 juin 1885, l'avocat général Gregory prit parti très nettement en faveur du traité (311) ; l'année suivante, il devait insister dans les termes suivants : « Un traité l'emporte sur une loi ... de telle sorte qu'une loi postérieure ne pourrait supprimer les exemptions fiscales concédées par traité... » (312). Le Hoge Raad ne se prononça pas, mais cassa l'arrêt attaqué pour d'autres motifs. La Cour de renvoi fit sienne le point de vue de l'avocat général et, affirmant la supériorité du traité sur la loi postérieure, écarta l'application de celle-ci (313).

La question fut de nouveau abordée en 1952 par l'avocat général Langemeijer (314) dans ses conclusions avant l'arrêt du 25 janvier 1952 (315). Sans écarter la possibilité pour la loi de déroger de manière expresse à un traité, il estima que dans tous les cas où il n'est pas sûr que le législateur ait vu le problème, et ait néanmoins imposé de propos délibéré la solution adoptée, le juge a le devoir de faire prévaloir le traité. Selon ses mots : « Les rapports entre le traité et la loi postérieure ne peuvent être assimilés à ceux existant entre la loi antérieure et la loi postérieure : car du point de vue du droit constitutionnel interne, la valeur du traité est différente de celle de la loi : le traité engage l'État envers la puissance étrangère, et crée des droits et obligations non seulement pour les ressortissants néerlandais mais aussi pour ceux de l'État cocontractant. Dès lors, il n'est pas possible de considérer que la loi postérieure déroge aux traités antérieurs dans tous les cas où existe un conflit, mais il faut tenir compte de la possibilité que le législateur n'ait pas aperçu l'incompatibilité existant entre la loi nouvelle et le traité préexistant (alors qu'on ne tient pas compte de cette éventualité lorsque deux lois sont en conflit). En pareil cas, la seule volonté du législateur de mettre en vigueur une règle déterminée ne peut être tenue comme suffisante pour que l'on doive écarter les dispositions antérieures du traité ». Il faudra donc distinguer selon que le législateur a aperçu ou non la possibilité d'un conflit avec le traité ; dans la négative, on permettra au juge de

(310) Bijzondere Raad van cassatie, 12 janvier 1949, *N.J.*, 1949, n° 87 ; 15 mai 1950, *N.J.*, 1950, n° 504. Voy. aussi L. Erades et W.L. Gould, *op. cit.*, p. 400. L'arrêt est parfois interprété comme ayant consacré la primauté du traité sur la loi : voy. en ce sens J.J.A. Salmon, « Les antinomies en droit international public », in : *Les antinomies en droit*, p. 316. En fait, il s'est borné à la *proclamer* ; la question n'était pas décisive en l'espèce.

(311) H.R., 29 juin 1885, *Nederlandse Rechtspraak*, vol. 140, 302.

(312) H.R., 13 décembre 1886, *W.*, 5395.

(313) C.A. La Haye, 17 février 1887, *W.*, 5423. Voy. aussi sur ces arrêts L. Erades et W.L. Gould, *op. cit.*, p. 394 et 395.

(314) Aujourd'hui procureur général.

(315) *N.J.*, 1952, n° 125, p. 300.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

« rectifier » l'erreur commise, en présumant que, s'il avait eu conscience du problème, le législateur aurait adopté une réglementation conforme au traité ; si, au contraire, le conflit a été aperçu et résolu, le dernier mot doit rester à la loi.

221. Depuis 1953, nous l'avons vu (316), la primauté du traité est formellement consacrée par la constitution elle-même. C'est à une initiative du député Serrarens, adoptée en dépit de l'opposition du gouvernement, qu'est dû le texte nouveau (317). Le droit et le devoir de refuser l'application des lois contraires aux traités, qu'ils soient antérieurs ou postérieurs, se voit expressément reconnu aux juges.

Le contrôle juridictionnel a apparemment subi une amputation lors de la révision de 1956. D'après l'article 65 de la constitution de 1953, l'inapplicabilité de la loi devait être prononcée chaque fois que celle-ci était « inconciliable avec des accords publiés conformément à l'article 60 soit avant, soit après l'adoption » de la loi. L'article 66 de la constitution de 1956 — qui correspond à l'article 65 de celle de 1953 — dispose au contraire que la loi ne peut s'appliquer lorsque « cette application serait inconciliable avec les *dispositions obligatoires pour tous* (*een ieder verbindende bepalingen*) d'accords conclus soit avant, soit après l'adoption » de la loi. Il résulte des travaux préparatoires que les auteurs de la révision de 1956 ont seulement voulu apporter des améliorations d'ordre rédactionnel aux textes votés trois années plus tôt. On peut se demander, pourtant, si en limitant le pouvoir du juge aux dispositions « obligatoires pour tous » — en d'autres mots : directement applicables — le constituant n'a pas sensiblement modifié le régime établi trois ans auparavant (318). Chaque fois qu'une loi serait prise en vue de donner effet à un traité non directement applicable, le juge se verrait interdire de contrôler sa conformité avec les dispositions du traité qu'elle vise à exécuter (319).

Cette limitation du contrôle juridictionnel a été critiquée. On a fait valoir qu'il est peu logique d'admettre en principe la primauté des traités sur les lois, et de la rejeter précisément dans les cas où une loi a été prise en exécution d'un traité et où, par conséquent, la question de sa conformité au traité revêt la plus grande importance (320). On a aussi exprimé

(316) Voy. *supra*, n° 219.

(317) Sur les travaux préparatoires, voy. L. Erades et W.L. Gould, *op. cit.*, p. 414 à 416.

(318) L. Erades, « Enige vragen betreffende de artikelen 65 en 66 van de Grondwet », *N.J.B.*, 1962, p. 388 ; L. Erades et W.L. Gould, *op. cit.*, p. 417 et 418. Voy. aussi à ce sujet *supra*, n° 167.

(319) Il convient d'observer que dans l'avant-projet de révision constitutionnelle rendu public par le gouvernement néerlandais en 1966, la limitation en question est maintenue : voy. *Proeve van een nieuwe Grondwet*, article 66 ; voy. aussi L. Erades, « De Proeve en artikelen 60 – 67 van de Grondwet », *N.J.B.*, 1966, p. 607.

(320) L. Erades, « Enige vragen », *N.J.B.*, 1962, p. 387 ; *id.*, « Poging tot ontwarring van de “ self-executing ” knoop », *N.J.B.*, 1963, p. 845 et suiv. ; L. Erades et W.L. Gould, *op. cit.*, p. 418 ; L. Erades, « De Proeve », *N.J.B.*, 1966, p. 608 et 609. Voy. aussi, critique de la limitation du contrôle

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

la crainte que les tribunaux aient tendance, dans les cas limites, à interpréter le traité comme *non self-executing*, afin d'éviter d'avoir à déclarer inapplicable une loi qui lui serait contraire (321).

La jurisprudence adopte, sur cette question, une attitude nuancée. Lorsque la loi est prise pour donner effet aux dispositions non directement applicables d'un traité, il semble qu'elle soit disposée à exercer son droit de contrôle (322). Il en est autrement lorsque le conflit naît entre une disposition *non self-executing* et une loi prise indépendamment (323).

222. Si l'on examine, d'une manière générale, la façon dont les cours et tribunaux exercent leur droit de contrôler la conformité des lois aux dispositions *self-executing* des traités, on est frappé par l'extrême réserve dont ils font preuve. Comme par le passé, ils s'efforcent de résoudre les antinomies entre lois et traités par une interprétation conciliatrice, évitant de trancher un conflit qu'ils déclarent inexistant (324). Si parfois, la conciliation se fait en faveur du traité, la loi étant censée n'avoir visé que les situations non régies par lui (325), il n'en est pas toujours ainsi : lorsque le traité confère certains droits à tous les justiciables, indépendamment de leur nationalité, la loi éventuelle qui restreint ces droits ne pourra trouver à s'appliquer (que) dans le domaine déjà régi par le traité. C'est notamment le cas pour la Convention Européenne des Droits de l'Homme, laquelle a donné lieu à une importante jurisprudence aux Pays-Bas (326). Il n'est pas possible, dans ce cas, de faire prévaloir le traité en vertu du principe de spécialité. La seule solution, si l'on veut éviter le conflit, est d'interpréter le traité comme ne s'opposant pas à l'application de la loi (il n'y a pas en ce cas inconciliabilité de l'app. de la

aux seuls traités *self-executing* : H.G. Schermers, « Het toezicht door de Commissie op de naleving van de verdragsverplichtingen door lid-staten en particulieren », in : *De rechtsorde der Europese Gemeenschappen tussen het internationale en het nationaal recht*, p. 148 ; D.H.M. Meuwissen, « Enige opmerkingen over de plaats van het internationale recht in de nationale rechtsorde », *N.J.B.*, 1965, p. 57 et suiv.

(321) A.J.P. Tammes, « "Een ieder verbindende" verdragsbepalingen », *N.J.B.*, 1962, p. 99 ; Note D.J. Veegens sous H.R., 1er juin 1956, *N.J.*, 1958, nº 424.

(322) Appel Amsterdam, 13 février 1957, *N.J.*, 1958, nº 230 ; H.R., 11 avril 1958, *N.J.*, 1958, nº 454, conclusions de l'avocat général 's Jacob, et note H.B. Voy. déjà H.R., 3 janvier 1845, *W.*, 566.

(323) H.R., 24 février 1960, *N.J.*, 1960, nº 483, note B.V.A.R.

(324) H.R., 15 décembre 1953, *N.J.*, 1954, nº 69, note B.V.A.R. ; 4 mai 1954, *N.J.*, 1954, nº 382 ; Trib. Breda, 19 janvier 1956, *N.J.*, 1956, nº 393 ; H.R., 11 avril 1958, *N.J.*, 1958, nº 454, note H.B. ; 13 avril 1960, *N.J.*, 1960, nº 436, note B.V.A.R. ; 18 avril 1961, *N.J.*, 1961, nº 273, note B.V.A.R., *Ars Aequi*, 1961, p. 275, note W.F. Prins ; C.A. Amsterdam, 2 novembre 1961, *N.J.*, 1962, nº 441 ; H.R., 19 janvier 1962, *N.J.*, 1962, nº 107.

(325) Voy. dans ce sens l'arrêt du 15 décembre 1953 cité à la note précédente.

(326) Voy. à ce sujet M.J. van Emde Boas, « La Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la jurisprudence néerlandaise », *Annuaire européen*, t. X (1962), p. 226 et suiv. ; *id.*, « Praeadvies over de invloed van de Europese Conventie tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden in de Nederlandse rechtsorde », Zwolle, 1965.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

loi avec celle à la règle ne s'applique), et de faire prévaloir en fait cette dernière.

C'est cette voie qu'ont suivi les tribunaux néerlandais. Grâce à une interprétation restrictive — et selon certains, parfois critiquable — des droits et libertés garantis par la Convention de sauvegarde, ils ont réussi à éviter tout conflit ouvert et à donner, dans les faits, la préférence à la loi (327). Cette attitude réservée s'explique si l'on considère que, traditionnellement, en droit néerlandais, la loi est la source de droit par excellence, le juge n'ayant pas le droit de refuser de l'appliquer en cas d'inconstitutionnalité (328). Il n'est pas surprenant que, placé dans la situation d'avoir à dire si les lois sont conformes aux traités, le juge ait éprouvé une certaine hésitation et ait tenté, au risque parfois de forcer le sens des textes, de les concilier (329).

223. Il apparaît donc que le juge néerlandais demeure avant tout un organe de la souveraineté nationale, et que, malgré le prescrit constitutionnel, il n'est guère disposé à exercer les importants pouvoirs qui lui ont été reconnus par la constitution. Cette disposition d'esprit se manifeste dans d'autres domaines. Ainsi, la constitution néerlandaise est muette en ce qui concerne les rapports entre le droit international coutumier et le droit interne (330). Il aurait été normal que le juge applique par analogie la règle de l'article 66 et décide que, comme le droit international conventionnel, le droit coutumier devait l'emporter sur les lois internes (331). Or il n'en fut rien. Ayant à se prononcer en 1959 sur la légalité d'une prise effectuée au début de la deuxième guerre mondiale, le Hoge Raad affirma avec une grande netteté que le contrôle juridictionnel pouvait s'exercer exclusivement sur la conformité des lois avec les dispositions obligatoires pour tous (*een ieder verbindend*) d'accords internationaux, et non avec les règles non écrites du droit des gens (332).

(327) Voy. les arrêts des 13 avril 1960, 18 avril 1961, 2 novembre 1961 et 19 janvier 1962, cités *supra*.

(328) Article 131, alinéa 2, de la constitution : « Les lois sont inviolables ».

(329) Voy. dans ce sens : M.J. van Emde Boas, article cité, *Ann. eur.*, t. X (1962), p. 233 ; F.J.M. Duynstee, « Het staatsrecht der buitenlandse bettekkingen », in : *Jaarboek van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, 1958-1959, p. 91.

(330) Contrairement aux constitutions allemande et italienne, qui énoncent expressément la supériorité du droit des gens général sur le droit national.

(331) De même qu'il eût paru logique que le juge italien et allemand reconnaissent la primauté des traités, par analogie avec celle que la constitution attribua au droit coutumier.

(332) Arrêt du 6 mars 1959, *N.J.*, 1962, n° 2, conclusions du procureur général Langemeijer, note D.J.V. : « Dat toch blijkens de geschiedenis van article 66 (nieuw) met dit artikel bepaaldelijk bedoeld is den strijd te beslechten over de vraag, in hoeverre de Nederlandse rechter het Nederlandse recht op strijd met het internationaal recht mag toetsen, en deze toetsing uitdrukkelijk heeft willen beperken tot de gevallen van de in dat artikel vermelde zelfwerkende bepalingen van overeenkomsten... » (« Que, comme il apparaît de l'historique de l'article 66 révisé, cet article n'a pour but que de trancher la question de savoir jusqu'à quel point le juge néerlandais peut contrôler la conformité du droit néerlandais avec le droit international, et qu'il a expressément

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Cette décision a été critiquée par plusieurs auteurs, qui insistent sur la faiblesse de l'argument *a contrario* que la Cour suprême a cru pouvoir tirer de l'article 66 (333). Ce n'est pas parce que seule, la primauté du traité *self-executing* sur la loi postérieure a été explicitement affirmée par cette disposition, qu'il faut en conclure que les autres sources du droit international ne devraient pas, par identité de motifs, bénéficier de la même situation privilégiée dans l'ordre interne. Quelle que puisse être la pertinence de ces observations, il n'en reste pas moins que, selon la jurisprudence néerlandaise la plus élevée, le pouvoir de contrôler la conformité des lois aux traités constitue une exception à la règle générale de la primauté de la loi, et non la confirmation d'un principe plus large de la subordination du droit interne au droit international.

SECTION III. — LE LUXEMBOURG.

224. Comme le droit néerlandais, le droit luxembourgeois garantit la primauté des traités sur les lois nationales, même postérieures. Cependant, l'évolution s'est faite ici par voie jurisprudentielle, en l'absence de toute disposition constitutionnelle consacrant formellement la supériorité du droit international.

Avant 1950, la Cour supérieure de justice se refusait à contrôler la conformité des lois aux traités, tout comme elle ne contrôlait pas la conformité des lois à la constitution (334). Toutefois, dès cette époque, la jurisprudence appliquait la règle d'interprétation selon laquelle le législateur est censé n'avoir pas entendu violer les engagements découlant des traités. Comme l'exprime un arrêt de 1890 (335) : « (La) loi n'a pu ni voulu modifier la situation des sociétés anonymes allemandes, qui se trouvent régies par un traité international ;... elle n'a pu ni voulu porter atteinte aux traités internationaux... ».

225. Dès 1950, les tribunaux adoptèrent une attitude plus radicale (336). Dans une première affaire, un commerçant était poursuivi pour avoir introduit au Grand-Duché des œufs provenant de Belgique en contravention d'un arrêté ayant force de loi qui exigeait l'apposition d'une marque d'origine. La Cour d'appel avait confirmé la condamnation prononcée

---

entendu limiter ce droit de contrôle au cas des dispositions *self-executing* d'accords, dont il est fait mention au dit article... »).

(333) Note D.J. Veegens, sous l'arrêt, *N.J.*, 1962, n° 2 ; H.F. van Panhuys, « The Netherlands Constitution and International Law », *A.J.I.L.*, 1964, p. 105 ; L. Erades et W.L. Gould, *op. cit.*, p. 350 et 351.

(334) Cour sup. de justice (Cass. crim.), 21 novembre 1919, *Pas. lux.*, t. XI, p. 74. Pour un remarquable exposé de la jurisprudence luxembourgeoise, on se reportera à l'étude de P. Pescatore, *Conclusion et effets des traités internationaux*, p. 103 et suiv.

(335) Cour sup. de justice (Cass. civ.), 13 juin 1890, *Pas. lux.*, II, p. 621.

(336) P. Pescatore, *op. cit.*, p. 105.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

en première instance, affirmant qu'il ne lui appartenait pas de rechercher si l'arrêté grand-ducal sur la base duquel les poursuites avaient été intentées était contraire aux obligations assumées par l'État en vertu de la convention d'Union économique avec la Belgique. Statuant au rescindant, la Cour supérieure de justice cassa l'arrêt d'appel, affirmant qu'« en cas de conflit entre les dispositions d'un traité international et celles d'une loi interne postérieure, la loi internationale doit prévaloir sur la loi nationale » et qu'en statuant comme il l'avait fait, le juge du fond avait « mis la Cour de cassation dans l'impossibilité de contrôler si la loi avait été régulièrement appliquée... » (337). La portée de principe de cette décision n'est pas amoindrie par la circonstance que, statuant au rescisoire, la Cour constata quelques mois plus tard qu'il n'existait pas, en réalité, de conflit, l'obligation de marquage n'imposant pas aux échanges entre le Luxembourg et la Belgique une entrave contraire au traité d'Union (338).

Un arrêt de la Cour d'appel du 21 juillet 1951 (339) illustre l'évolution d'une manière plus frappante encore (340). Un voyageur de commerce belge avait exercé sa profession au Grand-Duché sans être titulaire de l'autorisation gouvernementale imposée par un arrêté grand-ducal ayant valeur de loi. La Cour confirma le jugement d'acquittement en affirmant qu'« en cas de conflit entre les dispositions d'un traité international (en l'espèce le traité d'Union économique) et celles d'une loi interne même postérieure, la loi internationale doit prévaloir sur la loi interne » (341).

La confirmation la plus retentissante du principe de primauté fut donnée par l'arrêt de la Cour supérieure de justice, statuant comme Cour de cassation en matière criminelle, rendu sur des faits semblables à ceux qui donnèrent lieu à l'arrêt du 21 juillet 1951 (342). C'est toute une doctrine de la supériorité du droit international sur le droit interne qui s'y trouve énoncée : « S'il est vrai qu'en principe, l'effet des lois successives dépend de la date de leur mise en vigueur, les dispositions contraires aux lois antérieures abrogeant celles-ci, il ne saurait en être ainsi, lorsque les deux lois sont d'une inégale valeur, c'est-à-dire lorsqu'une des lois est un traité international incorporé dans la législation interne par une loi approbative ; qu'en effet, pareil traité est une loi d'une essence supérieure ayant une origine plus haute que la volonté d'un organe interne ; qu'en conséquence, en cas de conflit entre un traité international et une

(337) Cour sup. de justice (Cass. crim.), 8 juin 1950, *Pas. lux.*, XV, 41.

(338) Cour sup. de justice (Cass. crim.), 16 novembre 1950, *Pas. lux.*, XV, 72.

(339) Cour sup. de justice (Appel corr.), 21 juillet 1951, *Pas. lux.*, XV, 235.

(340) P. Pescatore, *op. cit.*, p. 105.

(341) Voy. aussi, dans le sens de la primauté du traité : Conseil d'État, 28 janvier 1951, *Pas. lux.*, XV, 263.

(342) Cour sup. de justice (Cass. crim.), 14 juillet 1954, *Pas. lux.*, XVI, 150 ; *R.C.D.I.P.*, 1955, 293, note P. De Visscher ; *J.T.*, 1954, p. 694, note P. Pescatore.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

loi nationale postérieure, la loi internationale doit prévaloir sur la loi nationale ».

On a remarqué qu'il est surprenant que la Cour soit arrivée à ce résultat tout en affirmant que le traité est « incorporé dans la législation interne » par la loi d'approbation et devient ainsi « une loi ». Il aurait paru plus conforme aux conceptions monistes auxquelles se rallie l'arrêt de voir reconnaître au traité *tel quel* la qualité d'une norme interne applicable (343).

226. Depuis l'arrêt de 1954, on peut dire que la jurisprudence est fixée (344). S'il y a tout lieu de souligner son caractère progressiste et hardi, on ne peut cependant s'empêcher de constater que les cas qui lui ont donné l'occasion de s'affirmer ne soulevaient pas de conflit irréductible entre le traité et la loi. Dans chacun d'eux, il s'agissait d'un conflit entre un traité établissant un régime privilégié en faveur de ressortissants de certains pays et une loi imposant des restrictions à tous les étrangers, indépendamment de leur nationalité. Les tribunaux interprétèrent la loi extensivement, considérant qu'elle avait entendu viser même les étrangers en faveur desquels des conventions particulières avaient été conclues par leurs États respectifs : dans cette mesure, il était justifié de considérer qu'il existait une contrariété entre la loi et le traité. Cette contrariété aurait pourtant pu être évitée si les juges avaient donné une interprétation restrictive à la loi et avaient considéré, comme l'ont fait les tribunaux néerlandais (345) et français (346), qu'elle n'avait pas entendu viser les étrangers bénéficiant d'un traité leur accordant droit à un traitement plus favorable. C'est donc plus par la motivation de ses décisions que par les solutions mêmes auxquelles elle aboutit que la jurisprudence luxembourgeoise est remarquable.

SECTION IV. — LA FRANCE.

227. La situation française peut être comparée à celle du Luxembourg. En France aussi, l'évolution vers la reconnaissance de la suprématie du traité sur la loi postérieure s'est faite, du moins au début, par la voie jurisprudentielle. Toutefois, le principe ne fut pas exprimé de façon aussi nette qu'au Luxembourg ; c'est sur la règle *lex generalis speciali non derogat* que les décisions se sont tout d'abord fondées. Il fallut attendre la constitution de la Quatrième République pour voir proclamer le principe que

(343) P. Pescatore, note citée, *J.T.*, 1954, p. 697.
(344) *Id.*, *ibid.*
(345) Voy. *supra*, n° 220.
(346) Voy. *infra*, n°s 231 à 238.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

les traités ont « une autorité supérieure à celle des lois internes » (347), donnant ainsi un fondement théorique nouveau aux décisions des juges.

Voyons de plus près comment se sont déroulées les principales étapes de cette évolution.

228. Ce n'est qu'après 1926 que le problème est devenu actuel. Auparavant, seuls de rares jugements avaient eu à s'en occuper. La solution qu'ils donnaient était généralement favorable à la primauté de la loi, soit qu'ils l'affirmassent expressément (348), soit que, niant l'existence d'un conflit, ils aboutissent en fait à la faire prévaloir en interprétant restrictivement la portée de la convention (349). Les auteurs qui s'étaient penchés sur la question tranchaient également, dans leur majorité, en faveur de la loi (350).

Deux lois votées en 1926, concernant les locations d'immeubles, allaient faire surgir les difficultés. La première, du 1er avril (351), excluait les étrangers, sauf certaines exceptions et sous réserve de l'application des conventions internationales existantes, du droit à la prorogation des baux à loyers (352) ; une autre de ses dispositions réservait aux seuls propriétaires de nationalité française — cette fois sans allusion aux conventions internationales — le droit de reprise (353). La deuxième loi, du 30 juin (354), réservait aux Français ainsi qu'à certaines catégories d'étrangers qu'elle spécifiait (355), le droit au renouvellement des baux commerciaux. Ici non plus, aucune référence n'était faite aux traités internationaux (356).

Il ressort clairement des travaux préparatoires de ces lois que le législateur, en ne réservant pas l'application des conventions internationales, avait agi de façon délibérée dans l'intention de priver les étrangers autres que ceux qu'il spécifiait — qu'ils fussent bénéficiaires de conventions les assimilant aux nationaux ou non — de l'exercice des droits nouveaux qu'il accordait aux Français. Le ministre des affaires étrangères avait

(347) Article 28 de la constitution du 27 octobre 1946.

(348) Civ. Seine (réf.), 18 mai 1916, *S.*, 1920, 2, 18, note A. Pillet : « une convention internationale ne pouvant prévaloir contre une loi nationale postérieure qui en modifie les dispositions, et dont le respect s'impose rigoureusement dès sa mise en vigueur... ».

(349) Comm. Seine, 12 octobre 1922, *G.P.*, 1923, p. 26. Voy. aussi la note, *ibid.*, critiquant l'interprétation excessivement stricte donnée à la convention.

(350) M. Noël, *op. cit.*, p. 180 ; A. Pillet, *Traité*, n° 62.

(351) *J.O.* du 2 avril.

(352) Article 4.

(353) Article 5.

(354) *J.O.* du 1er juillet.

(355) À savoir : les étrangers ayant combattu dans les armées alliées pendant la guerre mondiale, ceux ayant des enfants ayant la qualité de Français, et ceux dont la loi reconnaissait les mêmes droits au profit des Français dans leur pays.

(356) Article 19.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tenté de faire amender les textes dans un sens plus conforme aux obligations internationales de la France ; il ne fut pas suivi (357).

229. Le débat n'allait pas manquer de se poursuivre sur le plan judiciaire. De nombreux étrangers, bénéficiant de conventions les assimilant aux nationaux en ce qui concerne le droit d'acquérir et de louer des immeubles, tentèrent d'invoquer lesdites conventions à l'encontre des exclusions dont les frappaient les lois du 1er avril et du 30 juin 1926. Sauf quelques exceptions (358), la jurisprudence rejeta leurs prétentions. Tantôt, les décisions se fondaient sur l'incompétence du juge pour apprécier si les lois étaient conformes au droit international, cette question ne pouvant être tranchée que par le législateur lui-même (359) ; tantôt, elles niaient que le traité ait eu la portée que prétendaient lui donner les plaideurs étrangers, et qu'il ait entendu dispenser ceux-ci de prouver, conformément à l'article 11 du Code civil, l'existence de la réciprocité législative pour pouvoir revendiquer en France les droits réservés aux Français (360). Cette interprétation singulièrement restrictive permettait d'éviter tout conflit et de faire prévaloir la loi sans devoir prendre position quant à la solution à donner au problème de principe.

La doctrine elle-même était divisée, quoique la majorité des auteurs inclinât en faveur de la primauté de la loi (361).

---

(357) Sur les travaux préparatoires, voy. : H. Mazeaud, Note sous Cass. civ., 24 février 1932, *S.*, 1932, I, 249 ; P. Chauveau, Note sous Rennes, 16 juin 1930, *D.*, 1931, 2, 9. Voy. aussi l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon, 30 octobre 1929, *Cl.*, 1930, 660.

(358) Se prononcent pour la supériorité du traité : Civ. Seine, Chambre spéciale, 12 décembre 1927, *Cl.*, 1928, 982 ; Civ. Seine, 23 décembre 1927, *Cl.*, 1928, 998, note J. Perroud ; 3 juillet 1928, *Cl.*, 1929, 391.

(359) Civ. Seine, 27 octobre et 22 novembre 1926, *R.D.I.P.*, 1927, 44, note A. de La Pradelle : « Il n'appartient pas au juge de rechercher si le législateur avait, d'après le droit international, la compétence législative nécessaire à la validité internationale de la loi et le juge, organe interne, ne peut connaître de la loi suivant un autre critérium que celui du droit interne ». Voy. aussi Lyon, 30 octobre 1929, *Cl.*, 1930, 660.

(360) Paris, 2 juillet 1928, *D.*, 1929, 2, 129, note A. Trasbot : il n'apparaît pas que le traité franco-danois du 9 février 1910 ait voulu porter atteinte à la législation interne de l'un ou l'autre des pays contractants et, par conséquent, à l'article 11 du Code civil. Aussi : Commiss. supér, de cassat., 1er août 1927 (3 espèces), *R.D.I.P.*, 1928, 87, note J. Champcommunal ; 3 juin 1929, *D.H.*, 1929, 431. Voy. aussi à ce sujet, *supra*, n° 178.

(361) *En faveur de la primauté de la loi* : J.P. Barthelemy et P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, p. 766 et 767 ; E. Bartin, *Principes*, n° 49 ; A. Mestre, cours cité, *R.C.A.D.I.*, 1931, IV, p. 282 et 283 ; J. Maury, « Règles générales des conflits de lois », *R.C.A.D.I.*, 1936, III, p. 442 ; A. de La Pradelle, Note sous Civ. Seine, 27 octobre et 22 novembre 1926, *R.D.I.P.*, 1927, 52 ; J. Perroud, Note sous Civ. Seine, 23 décembre 1927, *Cl.*, 1928, 1003 ; J. Champcommunal, Note sous Commiss. supér. de cassat., 1er août 1927 (3 espèces), *R.D.I.P.*, 1928, 92 ; E. Audinet, Note sous Commiss. supér. de cassat., 21 novembre 1929, *S.*, 1930, 2, 161 ; P. Chauveau, Note sous Rennes, 16 juin 1930, *D.*, 1931, 2, 9.

En faveur de la primauté du traité : P. Chailley, *op. cit.*, nos 105 à 109 ; G. Scelle, *Précis*, p. 362 ; J.-B. Niboyet, « La législation des loyers en France, le droit constitutionnel et le droit international », *R.D.I.P.*, 1929, 596 ; L. de Naurois, *Les traités internationaux devant les juridictions nationales*, p. 151 et suiv.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

230. Ces décisions provoquèrent des démarches diplomatiques de la part de certaines puissances étrangères dont les nationaux avaient été affectés. Devant ces réactions, le ministre des affaires étrangères adressa au Garde des Sceaux le 22 juillet 1929 une lettre, destinée à être communiquée aux tribunaux par voie de circulaire, dans laquelle, après avoir affirmé qu'il avait le droit, toutes les fois qu'il y avait conflit diplomatique, de donner l'interprétation officielle des traités, il déclarait que ni l'article 11 du Code civil, ni les dispositions restrictives de certaines lois ne pouvaient faire échec aux clauses d'assimilation aux nationaux contenues dans les conventions diplomatiques passées avec des puissances étrangères ; ces dispositions restrictives devaient être comprises comme n'excluant que les étrangers qu'un traité n'assimilait pas aux Français (362).

La Commission supérieure de cassation commença par s'incliner. Dans trois décisions, rendues en 1929 et 1930, elle constata que s'il était vrai qu'en principe, en vertu de l'article 11 du Code civil, les étrangers ne bénéficient des facultés ou avantages relevant du droit civil que si, à la condition de la réciprocité diplomatique, s'ajoute celle de la réciprocité législative, néanmoins en l'espèce le ministre des affaires étrangères avait fait une déclaration interprétative dont il résultait qu'au moment de la conclusion de la convention consulaire en cause, les Hautes Parties Contractantes avaient entendu assimiler les étrangers aux Français sans que les dispositions de l'article 11 pussent y faire obstacle (363).

La plupart des autres juridictions, cependant, adoptèrent une attitude de résistance (364), laquelle reçut l'approbation de la chambre civile de la Cour de cassation (365), à laquelle la Commission supérieure se rallia par la suite (366). Cette attitude se fondait sur la compétence exclusive des tribunaux pour interpréter les traités, chaque fois qu'ils sont saisis de contestations d'intérêt privé, l'interprétation du ministre des affaires étrangères ne s'imposant à eux que pour les questions touchant à l'ordre international public (367). Ainsi, l'arrêt du 22 décembre 1931, après avoir rappelé « que les termes catégoriques et absolus » de la loi du 30 juin 1926 « expriment clairement la volonté, d'ailleurs maintes fois répétée au cours des débats parlementaires, de créer au profit des seuls Français

(362) Circulaire du Garde des Sceaux du 22 juillet 1929, *J.O.* du 13 août (*D.*, 1929, 4, 256). Voy. aussi à ce sujet *supra*, n°s 13 et 14.

(363) Commiss. supér. de cassat., 21 novembre 1929, *D.H.*, 1929, 569 ; *S.*, 1930, 2, 161, note Audinet ; 5 décembre 1929, *D.H.*, 1930, 6 ; 2 janvier 1930, *D.H.*, 1930, 70.

(364) Civ. Pau, 1er février 1930, *D.*, 1932, 2, 107 ; Civ. Seine, 18 février 1930, *D.*, 1932, 2, 107 ; Rennes, 16 juin 1930, *D.*, 1931, 2, 9, note P. Chauveau.

(365) Cass. civ., 22 décembre 1931, *Cl.*, 1932, 683, conclusions P.G. Matter, note J. Perroud ; 30 juin 1932, *R.D.I.P.*, 1933, 475, note J.-P. Niboyet.

(366) Commiss. supér. de cassat., 1er décembre 1932, *R.D.I.P.*, 1933, 126, conclusions de l'avocat général Lyon-Caen, 30 mars 1933, *D.H.*, 1933, 286.

(367) Voy. sur ce sujet *supra*, n° 187.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

un nouveau droit civil, dont les étrangers, même appartenant à un pays lié à la France par un traité d'établissement, ne puissent bénéficier que *sous la condition, généralement posée par l'article 11 du Code civil, de l'existence dans ce pays d'un droit analogue au profit des Français* », poursuit en déclarant que l'article 1er de la convention d'établissement franco-espagnole du 7 janvier 1862, qui dispose que les sujets d'une des parties contractantes établis sur le territoire de l'autre pourront y acquérir et posséder toutes espèces de biens, y exercer tout commerce et industrie, et y louer à cet effet toutes maisons, magasins et boutiques, sous réserve de l'observation des conditions imposées par les lois et règlements en vigueur aux nationaux, « implique non que les ressortissants de chaque pays contractant jouiront, sur le territoire de l'autre, de *tous les droits* dont jouissent les nationaux, mais simplement que *les aptitudes* qui leur sont reconnues, *et qui ne relèvent que du droit des gens*, seront, *sous la réserve exprimée*, exercées par les Espagnols en France dans les mêmes conditions que par les Français en Espagne ». Pour justifier son refus de prendre en considération l'interprétation gouvernementale, la Cour ajoute dans une incise, que « les tribunaux judiciaires, saisis de conflits d'intérêts privés, ont nécessairement qualité pour déterminer le sens et la portée » de l'article 1er du traité franco-espagnol (368). Dans ses conclusions, le procureur général Matter avait également insisté sur le caractère non obligatoire qu'avait, à ses yeux, l'interprétation gouvernementale du 22 juillet 1929. Ce n'est que si cette interprétation prenait une forme bilatérale, grâce à l'accord que lui donnerait la puissance contractante intéressée, qu'elle deviendrait obligatoire pour les tribunaux (369).

231. Le gouvernement avait devancé la suggestion qui paraissait lui être ainsi faite, et s'était empressé de conclure par voie d'échanges de lettres des accords interprétatifs avec les principaux États intéressés, et de les publier au *Journal officiel* (370). Il espérait de cette façon briser la résistance des tribunaux, l'accord interprétatif faisant corps avec le traité interprété et s'imposant, selon lui, aux juges.

Une nouvelle fois, il ne fut suivi que de façon partielle par la jurisprudence. Si la Commission supérieure de cassation, de nouveau, s'inclina, estimant que l'interprétation bilatérale « faisait corps avec le traité, quelle que soit sa forme » et qu'elle devait « être observée et appliquée comme l'expression officielle de la commune intention des parties » (371),

(368) Cass. civ., 22 décembre 1931, *Cl.*, 1932, 683 (C'est nous qui employons le cursif). Voy. dans le même sens : Cass. civ., 30 juin 1932, *R.D.I.P.*, 1933, 475, note J.-P. Niboyet.

(369) Voy. conclusions avant l'arrêt du 22 décembre 1931, *Cl.*, 1932, 687.

(370) Voy. notamment l'échange de lettres franco-suisse des 11 et 26 juillet 1929 (*J.O.* des 5-6 août 1929). L'échange de lettres interprétatif de la convention d'établissement franco-espagnole ne fut conclu que les 12 et 28 février 1933.

(371) Commiss. supér. de cassat., 22 décembre 1932, *R.D.I.P.*, 1933, 126 ; 19 janvier 1933, *Cl.*, 1934, 136, note J.P. ; 2 mars 1933, *D.H.*, 1933, 255 ; 30 mars 1933, *D.H.*, 1933, 286.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

la plupart des décisions inférieures prirent une position plus rigoureuse, déniant toute force obligatoire aux accords interprétatifs, ceux-ci ayant été signés par le ministre, sans intervention du Président de la République, seul dépositaire du pouvoir de conclure les traités internationaux (372).

Il ne restait plus dès lors au gouvernement qu'à soumettre à la signature du Président de la République un décret par lequel celui-ci marquerait son approbation de la teneur des échanges de lettres interprétatifs. Ce qui fut fait (373). Ici encore, certains tribunaux refusèrent de se considérer liés, en l'absence d'une adhésion donnée par le parlement lui-même à l'accord interprétatif (374). D'autres se soumirent (375). La chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 4 février 1936, admit que le traité (376), tel qu'il résultait de l'accord interprétatif, l'emportait sur la loi du 30 juin 1926 (377). Comme elle l'avait fait dans son arrêt du 22 décembre 1931 (378)°, la Cour s'efforça de concilier la portée des dispositions antinomiques sur lesquelles elle avait à se prononcer. Toutefois, elle n'opéra plus cette conciliation aux dépens du traité, en considérant qu'il n'avait entendu conférer aux étrangers que les « aptitudes relevant du droit des gens ». Cette fois, le traité l'emporte ; selon l'arrêt, la loi sur les baux commerciaux « réserve nécessairement le cas où l'étranger peut invoquer une convention internationale » le dispensant de la condition de réciprocité législative (379).

---

(372) *S'inclinent* : Civ. Angers, 21 décembre 1931, *R.D.I.P.*, 1932, 283 ; Civ. Le Havre, 24 mars 1933, *R.D.I.P.*, 1933, 475.

Refusent de s'incliner : Civ. Seine, 7 mai 1931, *Cl.*, 1933, 126 ; 21 novembre 1931, *Cl.*, 1932, 1005 ; 8 mars 1932, *R.D.I.P.*, p. 286 ; 4 mars 1932, *Cl.*, 1933, 127.

(373) Voy. p. ex. le décret du 16 juin 1933 approuvant l'accord interprétatif résultant des lettres échangées les 11-26 juillet 1929 entre le ministre de Suisse en France et le ministre français des affaires étrangères « pour produire son plein effet » (*J.O.* du 18 juin 1933).

Voy. aussi le décret du 16 avril 1933 approuvant l'accord interprétatif résultant des lettres échangées les 12-28 février 1933 entre le ministre d'Espagne en France et le ministre français des affaires étrangères, et concernant l'interprétation de la convention d'établissement franco-espagnole du 7 janvier 1862.

(374) Dijon, 2 mai 1933, *R.D.I.P.*, 1933, 475, note J.-P. Niboyet.

(375) Civ. Seine (Chambre du conseil), 27 novembre 1933, *R.C.D.I.P.*, 1934, 418.

(376) Il s'agissait en l'espèce du traité franco-suisse du 23 février 1882.

(377) *S.*, 1936, I, 257, note P. Raynaud, *R.C.D.I.P.*, 1936, 457, et la note.

(378) Voy. *supra*, n° 230.

(379) L'arrêt s'exprime comme suit : « Vu l'article 19 de la loi du 30 juin 1926 ; attendu que les dispositions de ce texte refusant aux commerçants ou industriels de nationalité étrangère, établis en France, le bénéfice de la loi du 30 juin 1926, s'ils appartiennent à des pays où n'existe pas une législation analogue protégeant la propriété commerciale, réservent nécessairement le cas où l'étranger peut invoquer une convention internationale le dispensant de cette dernière condition ; que telle est la portée qui doit être reconnue au traité franco-suisse du 23 février 1882, complété par l'accord diplomatique des 11-26 juillet 1929 ; qu'interprétant, en effet, les articles 1er et 3 du traité comme établissant entre les ressortissants de chacune des hautes parties contractantes et sur le territoire de chacune d'elles pour l'exercice du commerce et de l'industrie une égalité absolue de traitement, l'accord diplomatique intervenu les 11 et 26 juillet 1929 sous la forme d'un échange de lettres et revêtu de l'approbation présidentielle par un décret du

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

232. Ce revirement de jurisprudence s'explique par l'existence de l'échange de lettres interprétatif, approuvé par décret. Alors que dans l'arrêt de 1931, la Cour, s'agissant de conflits d'intérêt privés, avait refusé de s'incliner devant l'interprétation du ministre des affaires étrangères, ici, au contraire, elle admet le caractère obligatoire de l'interprétation, celle-ci ayant été donnée en forme bilatérale et approuvée « pour produire son plein effet » par le Chef de l'État. Si la loi a « nécessairement réservé » l'application du traité, ce n'est pas en raison de la nature propre de ce dernier ni des rapports qui existent entre les deux ; c'est parce que telle est la teneur de l'accord interprétatif régulièrement conclu et approuvé et ayant, de ce fait, force obligatoire pour les tribunaux.

On pouvait craindre, dès lors, qu'en cas de conflit entre une convention et une loi, pour la solution duquel n'existerait pas d'accord interprétatif obligatoire consacrant la primauté de la convention, les tribunaux n'en reviennent à leur attitude initiale.

233. C'est effectivement ce qui se produisit. Un décret-loi du 26 septembre 1939 avait prévu le droit, dans certaines conditions, pour les preneurs d'immeubles loués de demander une réduction du loyer qu'ils avaient à payer (380). Une disposition spéciale réservait ce droit aux Français et à certaines catégories privilégiées d'étrangers (381). Une nouvelle fois, la jurisprudence considéra que les conventions d'établissement ne pouvaient pas être invoquées à l'encontre des dispositions du décret-loi.

Ainsi, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 29 octobre 1940, rendu sur les conclusions conformes de l'avocat général Gavalda, déclara que les auteurs de la convention d'établissement franco-belge de 1927, interprétée par échange de lettres des 16-24 avril 1934, n'avaient pas prévu les dispositions législatives exceptionnelles, comme celles de l'espèce, susceptibles d'être rendues nécessaires par l'existence de l'état de guerre ; les textes invoqués ne visaient que les dispositions législatives promulguées en période normale dans le domaine du droit commun, et ne permettaient donc pas aux ressortissants belges de revendiquer le bénéfice du décret-loi (382). La décision manifeste la traditionnelle

16 juin 1933, spécifie expressément que les Suisses en France doivent bénéficier, dans les mêmes conditions que les Français, des avantages conférés aux locataires commerçants par la loi du 30 juin 1926... ».

(380) Décret-loi du 26 septembre 1939 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en temps de guerre (*J.O.* du 5 octobre, p. 12024). Articles 8 et suiv.

(381) Article 25 : « En ce qui concerne les étrangers, sont seuls admis au bénéfice du présent décret :

1° les sujets des pays placés sous le protectorat ou sous le mandat de la France ;

2° les étrangers servant ou ayant servi, depuis la mise en vigueur du présent décret, dans les diverses formations exclusivement militaires françaises ou alliées ;

3° les étrangers dont les descendants ou leur conjoint servent ou auront servi au cours des hostilités dans ces formations ».

(382) *J.C.P.*, 1947, II, 3950, note P. Ourliac et M. de Juglart.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tendance des juges français à essayer de concilier le traité et la loi ; toutefois, elle n'élimina la contradiction qu'au prix d'une sévère restriction du champ d'application du traité.

Dans un arrêt du 11 mars 1943, la chambre sociale de la Cour de cassation allait prendre une attitude plus radicale encore. Sans même examiner si le décret du 26 septembre 1939 pouvait être considéré comme compatible avec les traités internationaux, elle se contente d'affirmer que « par la généralité de ses termes, l'article 25 (du décret-loi) s'oppose à ce qu'un étranger ne remplissant aucune des conditions qu'il prévoit ... soit admis au bénéfice des dispositions de l'article 13 » (383)

234. Afin de mettre un terme aux protestations que ce nouveau raidissement jurisprudentiel avait provoqué de la part des États dont les ressortissants étaient concernés, une loi « relative à l'application aux étrangers des lois en matière de baux à loyer et de baux à ferme » fut promulguée le 28 mai 1943 (384). L'article 1er dispose : « Nonobstant toutes dispositions restrictives, les lois de droit commun ou d'exception, relatives aux baux à loyer et aux baux à ferme, *réservent nécessairement* le cas des ressortissants étrangers des pays qui offrent aux Français les avantages d'une législation analogue, ainsi que *celui des ressortissants dispensés par convention internationale de cette réciprocité*, et sont en conséquence applicables à ces étrangers » (385). Et afin qu'aucun doute ne puisse subsister, l'article 2 précisait que : « Sont considérés comme dispensant de la réciprocité législative prévue à l'article 1er les traités diplomatiques qui admettent directement ou indirectement l'assimilation de l'étranger au national dans le domaine des droits civils ou au moins dans celui régi par la loi dont l'application est revendiquée ».

Une fois de plus, un renversement de jurisprudence se produisit, les décisions rendues par la suite donnant régulièrement gain de cause aux étrangers lorsque ceux-ci étaient en mesure d'invoquer le bénéfice d'un traité d'assimilation au national (386).

235. La controverse rebondit après 1946 lorsque de nouvelles dispositions législatives, cette fois en matière de réintégration des locataires

(383) *G.P.*, 1943, I, 262.

(384) *J.O.* du 6 août 1943, p. 2046. Voy. sur les circonstances dans lesquelles la loi fut votée : P. Ourliac et M. de Juglart, « La condition des fermiers et des métayers étrangers depuis la loi du 13 avril 1946 », *J.C.P.*, 1946, I, 555 ; P. Esmein, « Les difficultés d'application du statut des baux ruraux », *G.P.*, 1947, I, doctrine, 26 ; H. Monneray, Note sous Soc., 28 juillet et 25 novembre 1948, *R.C.D.I.P.*, 1949, p. 309.

(385) C'est nous qui employons le cursif.

(386) Cass. soc., 11 mai 1944, *G.P.*, 1944, 2, 5 (donnant gain de cause à un Espagnol) ; 9 juin 1944, *G.P.*, 1944, 2, 157 (donnant gain de cause à un Suisse) ; 22 juin 1944, *G.P.*, 1944, 2, 157 (donnant gain de cause à un Belge) ; 26 octobre 1945, *J.C.P.*, 1946, IV, 8 (donnant gain de cause à un Italien).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

évincés pendant l'occupation (387) et de statut du fermage (388), vinrent limiter la possibilité pour les étrangers d'exercer les droits nouveaux qu'elles accordaient aux nationaux (389).

Un élément nouveau d'une extrême importance joua cependant : l'adoption de la constitution du 27 octobre 1946, dont l'article 28 disposait explicitement que « les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ayant une autorité supérieure à celle des lois internes, leurs dispositions ne peuvent être abrogées, modifiées ou suspendues qu'à la suite d'une dénonciation régulière, notifiée par voie diplomatique ». Il n'est pas douteux que c'est en grande partie grâce à l'existence de cette disposition que les tribunaux — à de rares exceptions près (390) — évitèrent de retomber dans leurs errements passés, et qu'ils se prononcèrent d'emblée en faveur de l'application du traité, dont les lois restrictives nouvelles avaient, selon la formule devenue traditionnelle, « nécessairement réservé » le jeu (391). Cependant, il faut constater qu'au début, ils n'invoquèrent pas expressément l'article 28 de la constitution, mais se référèrent assez singulièrement à la loi interprétative du 28 mai 1943, qui pourtant ne jouissait d'aucune prééminence formelle par rapport aux lois postérieures (392). Comme le relève P. Esmein (393), cette attitude s'explique, si l'on considère que la loi de 1943 pose pour les tribunaux une règle d'interprétation destinée à éviter les protestations que soulèvent de la part des gouvernements étrangers les décisions de justice violant les conventions internationales ; dès lors, compte tenu du but poursuivi, il est normal de penser qu'elle a entendu donner cette règle d'interprétation pour les lois futures comme pour les lois passées. Tant que le législateur n'écarte pas l'application de la loi de 1943 ou ne

(387) Ordonnance du 14 novembre 1944 (*J.O.* du 15 novembre, p. 1309), modifiée par la loi du 7 mai 1946 (*J.O.* du 8 mai, p. 3889).

(388) Ordonnance du 17 octobre 1945 relative au statut juridique du fermage (*J.O.* du 18 octobre, p. 6614), modifiée par la loi du 13 avril 1946 (*J.O.* du 14 avril, p. 3131).

(389) Voy. spécialement l'article unique de la loi du 7 mai 1946 tendant à surseoir à l'expulsion des locataires de nationalité française prononcée au profit de sujets étrangers, ainsi que l'article 61 nouveau, introduit dans l'Ordonnance du 17 octobre 1945 relative au statut du fermage par la loi du 13 avril 1946, qui dispose que les exploitants étrangers ne peuvent bénéficier de la loi que s'ils ont des enfants qui ont acquis ou qu'ils ont autorisé à réclamer la nationalité française. Voy. aussi à ce sujet : P. Ourliac et M. de Juglart, article cité, *J.C.P.*, 1946, I, 555.

(390) Voy. notamment Paris, 7 janvier 1948, *J.C.P.*, 1948, II, 4691, et la note critique de J. Mazeaud.

(391) Soc., 11 juillet 1947, *J.C.P.*, 1947, II, 3950, note P. Ourliac et M. de Juglart ; 28 juillet et 25 novembre 1948, *R.C.D.I.P.*, 1949, 306, note H. Monneray ; Paris, 30 janvier 1948, *R.C.D.I.P.*, 1948, 493, note P. Francescakis ; 6 février 1956, *J.C.P.*, 1956, IV, 71 ; 20 février 1954, *G.P.*, 1954, 1, Som. 22 ; Soc., 22 novembre 1957, *Bull. civ.*, 1957, IV, n° 1106, p. 791.

(392) L'observation est faite par H. Monneray dans sa note précitée, *R.C.D.I.P.*, 1949, 309 sous le litt. C. Voy. aussi P. Ourliac et M. de Juglart, article cité, *J.C.P.*, 1946, I, 555 n° 19.

(393) « Les difficultés d'application du statut des baux ruraux », *G.P.*, 1947, I, Doctrine, 26.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'abroge pas expressément, il doit être considéré comme réservant son application (394).

D'autres arrêts se réfèrent expressément à l'article 28 de la constitution ; mais ils le considèrent comme la confirmation d'un principe déjà reçu antérieurement dans l'ordre juridique français, permettant d'écarter l'application d'une loi contraire à un traité même lorsque l'une et l'autre sont antérieurs à l'entrée en vigueur de la constitution de 1946 (395).

Il n'est pas certain si, en l'absence de l'article 28 ou d'un texte constitutionnel analogue, les tribunaux auraient opté pour une solution aussi favorable aux étrangers. Même lorsque les décisions ne se réfèrent pas expressément à l'article 28, il est évident que cette disposition fut présente à l'esprit des juges et pesa sur la solution adoptée. Compte tenu de l'intention claire du législateur, telle qu'elle résultait du texte des lois en question — lesquelles n'exceptaient que certaines catégories d'étrangers et non tous ceux pouvant se prévaloir de traités les assimilant aux nationaux — il est possible qu'elle se serait à nouveau inclinée, comme l'y poussaient d'ailleurs plusieurs commentateurs (396), si elle n'avait trouvé dans le texte constitutionnel un argument décisif en faveur de la théorie de la « réserve nécessaire » (397).

236. Par la suite, la jurisprudence continua à faire prévaloir, en vertu de l'article 28 de la constitution, les stipulations des traités sur les lois, même postérieures, qui leur étaient contraires. Ainsi la chambre criminelle, dans deux arrêts des 29 juin 1954 (398) et 2 février 1955 (399), constate qu'« aux termes de l'article 28 de la constitution du 27 octobre 1946, l'autorité des traités diplomatiques est supérieure à celle des lois internes » et en tire la conclusion qu'en dépit de la disposition de l'article 192 du Code de justice militaire, qui prévoit la dégradation comme

(394) Voy. en ce sens les arrêts précités des 11 juillet 1947, 28 juillet et 25 novembre 1948, 20 février 1954 et 22 novembre 1957.

(395) Voy. les arrêts précités des 30 janvier 1948 et 6 février 1956.

(396) P. Ourliac et M. de Juglart, article cité, *J.C.P.*, 1946, I, 555, n° 20 (selon qui la jurisprudence pourrait faire encore une fois appel à la notion de « droit civil nouveau » non visé par les traités). P. Francescakis, note sous Paris, 30 janvier 1948, *R.C.D.I.P.*, 1948, p. 496, selon qui, en matière d'immigration, une discrimination est légitime et doit être possible sans que l'application des traités internationaux en paralyse les effets.

(397) Voy. par exemple le texte de l'intéressant arrêt de la Cour de Paris du 30 janvier 1948 (*R.C.D.I.P.*, 1948, p. 493, note P. Francescakis) : « Considérant que l'autorité particulière qui s'attache aux traités internationaux se trouve d'autant mieux affirmée maintenant que la nouvelle constitution l'a formellement proclamée ; qu'il n'est pas nécessaire, en conséquence, se plaçant sur le terrain de la rétroactivité, de se demander si, dans la mesure où cette constitution a pu limiter les pouvoirs du législateur, il ne pourrait s'agir que du législateur postérieur ; que même en ce qui concerne les contradictions pouvant exister entre deux lois ordinaires également en vigueur, telles celles des 28 mai 1943 et 7 mai 1946, il suffit pour trancher les difficultés d'interprétation qui en résultent, de se reporter aux principes posés par la constitution... ».

(398) Crim., 29 juin 1954, *J.C.P.*, 1954, IV, 119.

(399) Crim., 2 février 1955, *J.C.P.*, 1955, IV, 38.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

peine accessoire à certains délits militaires, un militaire allemand prisonnier de guerre ne peut être dégradé, la Convention de Genève du 27 juillet 1929 ayant expressément disposé que nul prisonnier de guerre ne peut être privé de son grade par la puissance qui le détient.

L'entrée en vigueur de la constitution de la Cinquième République ne changea pas la situation. Quoique avec moins de solennité que l'article 28 de la constitution précédente, l'article 55 de la charte nouvelle proclame que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie » (400). La jurisprudence a continué à donner la préférence aux traités sur les lois, quelles que fussent leurs dates respectives. Ainsi, la deuxième section civile de la Cour de cassation déclare le 28 mars 1962 « qu'en faisant prévaloir les dispositions du traité international sur la loi interne, le juge d'appel a légalement justifié sa décision » (401), sans se laisser arrêter par l'obstacle qui résultait du fait que les dispositions légales avec lesquelles le traité entrait en conflit avaient fait l'objet d'une codification postérieure à l'entrée en vigueur du traité (402).

237. Quelle est la portée de cette jurisprudence ? Il semble qu'elle va au-delà d'une simple conciliation au bénéfice du traité. Ce n'est plus la notion de « réserve nécessaire » qui dicte la solution des conflits, mais l'idée que le traité prime la loi, quelle que soit sa date, même en cas de conflit irréductible.

De nombreux auteurs se demandent, pourtant, si dans l'hypothèse où le législateur ordonnerait expressément au juge de donner effet à la loi nonobstant toutes dispositions contraires de conventions internationales existantes, la solution serait encore la même. La loi constitue, en effet, en droit français, la source de droit par excellence, le contrôle juridictionnel de constitutionnalité étant inconnu ; c'est de la loi que le juge tire ses pouvoirs ; elle pourrait donc, semble-t-il, lui retirer celui de juger de la conformité des lois avec les traités. S'il est vrai que la constitution prescrit que les traités ont une autorité supérieure à celle des lois, elle ne précise pas quelles sont les conséquences d'une éventuelle violation de ce principe. La sanction est-elle purement politique, ou comprend-elle le droit pour le juge de refuser d'appliquer la loi contraire au traité ? On comprend que, pour une partie importante de la doctrine française, une

(400) Sur la condition de réciprocité et l'application qui lui est donnée, voy. *supra*, n° 145.
(401) Civ., 28 mars 1962, *D.*, 1963, 518, note Ph. M.
(402) Voy. N. Valticos, « Les conventions internationales du travail devant le juge français », *R.C.D.I.P.*, 1964, p. 66 et 67.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

violation expresse et formelle d'une obligation internationale par une loi ne pourrait entraîner un refus d'application par les tribunaux (403).

238. Même si l'on admet le point de vue de ces auteurs, il n'en est pas moins vrai que la règle successivement énoncée par l'article 28 de la constitution de 1946 et par l'article 55 de celle de 1958 constitue plus qu'un simple principe d'interprétation selon lequel le juge doit donner à la loi, dans la mesure du possible, une interprétation conforme au traité (404). Même dans l'hypothèse où la loi est effectivement contraire au traité, mais où il n'apparaît pas que le législateur ait aperçu le conflit et ait explicitement ordonné au juge de l'appliquer néanmoins, l'application du traité devra être assurée (405). La solution ne va pas sans rappeler celle qui avait été proposée aux Pays-Bas par le procureur général Langemeijer (406).

En outre, il ne faut pas perdre de vue que, dans de nombreuses espèces où elle a considéré que la loi « réservait » l'application du traité, la juris-

(403) Il est frappant de constater qu'un auteur comme Niboyet, quoique partisan en principe de la primauté du traité, déclare que si l'Assemblée nationale votait une loi formellement contraire à un traité, les tribunaux seraient désarmés. Voy. J.-P. Niboyet, « La constitution nouvelle et certaines dispositions de droit international », *D.*, 1946, Chron., p. 90. Se prononcent également pour la supériorité de la loi sur le traité : H. Batiffol, *Traité*, n° 40 ; P. Lerebours-Pigeonnière et Y. Loussouarn, *Droit international privé*, n° 52 ; P. Ourliac et M. de Juglart, note sous Tribunal paritaire d'arrondissement de Bordeaux, 6 décembre 1946, *J.C.P.*, 1947, II, 3379 ; Ph. Francescakis, note sous Paris, 30 janvier 1948, *R.C.D.I.P.*, 1948, 496 ; J. Mazeaud, note sous Paris, 7 janvier 1948, *J.C.P.*, 1948, II, 4691 ; R. Houin, « La loi inconstitutionnelle du 4 septembre 1947 sur la domiciliation obligatoire des effets de commerce », *Rev. trim. dr. com.*, 1948, 223 ; H. Motulsky, note sous Trib. Sarreguemines, 22 juin 1928, *R.C.D.I.P.*, 1949, 58 et suiv. ; L. Preuss, « Le droit international et le droit interne dans la constitution française de 1946 », *Rev. int. d'Hist. pol. et constitut.*, 1951, 213 et suiv. ; M. Mouskhely, article cité, *Z.a.ö.R.V.*, 1950-1951, (vol. XIII), p. 115 ; J. Benoist, note sous Paris, 29 janvier 1951 et 24 janvier 1952, *J.C.P.*, 1952, II, 7056 ; R. Odent, « L'article 177 du traité de Rome et le Conseil d'État », *Bull. Assoc. des jur. europ.*, 1965, 4e trimestre, p. 19.

Voy. en sens contraire (primauté du traité) : J.-P. Niboyet, note sous Aix, 10 novembre 1947, *R.C.D.I.P.*, 1948, 283 ; J. Donnedieu de Vabres, « La constitution de 1946 et le droit international », *D.*, 1948, Chron., p. 5 et suiv. ; F. Luchaire, étude citée, in : *La technique et les principes du droit public*, *Études en l'honneur de* Georges Scelle, t. II, p. 846 ; H.O. Fraser, « De Franse Grondwet van 27 oktober 1946 en de plaats van het verdrag in de Franse jurisprudentie », *N.T.I.R.*, 1953-1954, p. 298 et suiv. ; Ch. Rousseau, *Droit international public*, p. 48 ; L.C. Bial, « Some Recent Decisions on the Relationship between Treaties and Municipal Law », *A.J.I.L.*, 1955, 355 ; Nguyen Quoc Dinh, article cité, *R.D.P.S.P.*, 1959, 552 ; J. Dehaussy, « Effets des traités », *J.-Cl.*, *D.I.*, vol. Ier, fasc. 12-A, n° 97 ; M. Lagrange, « La primauté du droit communautaire sur le droit national », in : *Droit communautaire et droit national*, *Semaine de Bruges 1965*, p. 41.

(404) Les partisans de la primauté de la loi admettent que le premier effort du juge doit être d'essayer de concilier les dispositions contradictoires en interprétant la loi dans un sens conforme au traité : cf. H. Batiffol, *Traité*, n° 40 ; J. Mazeaud, note précitée, *J.C.P.*, 1948, II, 4691 ; M. Mouskhely, article cité, *Z.a.ö.R.V.*, 1950-1951 (t. XIII), p. 115 ; J. Benoist, note précitée, *J.C.P.*, 1952, II, 7056. Parmi les auteurs plus anciens, voy. : A. Pillet, *Traité*, n° 61 ; J. Maury, cours cité, *R.C.A.D.I.*, 1936, III, 442 ; P. Chauveau, note sous Commiss. supér. de cassat., 1er août 1927 (3 espèces), *R.D.I.P.*, 1928, 92.

(405) Tel paraît avoir été le cas dans l'arrêt de la chambre civile du 28 mars 1962, *D.*, 1963, 518, note Ph. M. Voy. à ce sujet N. Valticos, article cité, *R.C.D.I.P.*, 1964, p. 66 et 67.

(406) Voy. *supra*, n° 220.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

prudence est allée à l'encontre de la volonté législative telle que celle-ci s'était manifestée lors de la genèse de la loi (407). Quoique cette volonté fût claire, les tribunaux ne se sont pas inclinés, car elle n'avait pas été exprimée dans le texte de la loi elle-même ; une conciliation au bénéfice du traité était techniquement possible (408). La formule employée par les arrêts, selon laquelle la loi réserve nécessairement les traités, indique que, dans l'esprit des juges, c'est *par nature* que la loi ne peut porter atteinte aux règles posées par les traités (409). Le législateur est censé ne pas avoir voulu faire ce qui lui est interdit, et cette présomption, que renforce un texte constitutionnel précis, n'est susceptible d'être renversée que si, prenant ses responsabilités, il ordonne clairement et sans la moindre équivoque, dans le texte même de la loi, de donner effet à cette dernière et non au traité.

239. La jurisprudence française se montre, comme on l'a vu, disposée à aller très loin pour assurer la suprématie des traités dans l'ordre interne. Cependant, dans la mesure où elle ne dispose pas du pouvoir de les interpréter librement, mais doit se conformer, pour les questions touchant à l'ordre international public (410), à l'interprétation gouvernementale, cette suprématie se trouvera dépendre, en fin de compte, de l'appréciation de l'exécutif. Il suffira que celui-ci donne du traité une interprétation restrictive pour que les tribunaux se voient dans l'obligation d'appliquer la loi (411).

Il serait sans doute exagéré de vouloir en conclure que le pouvoir du juge de refuser l'application des lois contraires aux traités n'est qu'un vain mot puisqu'il ne peut interpréter ces derniers lui-même (412) ; l'expérience démontre, en effet, que le plus souvent, l'interprétation gouvernementale est conforme à la volonté des parties contractantes (413). Au contraire, on l'a vu plus haut (414), il est arrivé que ce soit le juge qui

(407) Voy. *supra*, n°s 228 et suiv.

(408) J. Mazeaud, dans sa note précitée sous Paris, 7 janvier 1952, II, 7056, approuve cette façon de procéder. Selon lui, pour que le juge soit tenu d'appliquer la loi, il faudrait que le législateur ait manifesté avec précision une volonté contraire dans le texte même qu'il adopte ; les travaux préparatoires seraient sans force, à eux seuls, à l'encontre de l'interprétation donnée par la constitution et qui ne pourrait être écartée qu'en termes précis.

(409) Certes, à l'origine, la formule semble avoir eu une portée plus limitée. Cf. *supra*, n° 232.

(410) Voy. à ce sujet *supra*, n°s 187 et suiv.

(411) C'est ce qui s'est produit lorsqu'en 1957, le ministre des affaires étrangères interpréta la convention franco-espagnole du 7 janvier 1862 comme ne faisant pas obstacle à l'application aux commerçants espagnols du décret du 12 novembre 1938 imposant aux commerçants étrangers l'obligation d'être porteurs d'une carte de commerçant (voy. circulaire du 15 mai 1937, *J.O.* du 25 mai ; voy. aussi, à ce sujet, *supra*, n° 190).

(412) Voy. en ce sens P. De Visscher, note sous Cour sup. de justice (Luxembourg), 14 juillet 1954, *R.C.D.I.P.*, 1955, p. 297.

(413) Ainsi, l'interprétation du traité franco-espagnol dans ses rapports avec le décret de 1938 sur les commerçants étrangers, discutée ci-dessus, était partagée par le gouvernement espagnol.

(414) Voy. *supra*, n° 230.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

fasse usage de sa liberté d'interprétation pour donner au traité une portée plus restreinte que celle sur laquelle les parties contractantes s'étaient mises d'accord (415). Le fait que, dans un nombre croissant de cas, le juge tende à s'en remettre au gouvernement du soin d'interpréter les traités (416), devrait contribuer dès lors à assurer de manière effective le respect de la volonté commune des parties dans l'ordre interne (417).

Le danger que présente le pouvoir d'interprétation gouvernementale est ailleurs : lorsque le litige soumis aux tribunaux met aux prises un particulier avec l'administration, il est à craindre que l'interprétation du gouvernement français, même si elle est conforme à celle du gouvernement de l'État cocontractant, ne tienne pas suffisamment compte des intérêts des particuliers, mais tende à trancher le procès dans un sens favorable à l'État (418). La seule solution permettant d'éviter ce risque serait de faire trancher la question d'interprétation par une autorité impartiale, plutôt que par une instance gouvernementale, laquelle pourra se trouver dans le cas d'être à la fois juge et partie.

Il ne s'agit pourtant plus ici d'un problème de primauté, mais d'un problème de protection des droits individuels. Ce n'est que si la prise de position gouvernementale concernant le sens à reconnaître au traité était en opposition avec celle de l'autre partie contractante que des difficultés surgiraient sur le plan qui nous préoccupe ici.

SECTION V. — LA BELGIQUE.

240. La constitution belge ne contient aucune disposition précisant l'autorité des traités par rapport aux lois postérieures. Jusqu'à récemment, l'on considérait qu'en cas de conflit, force devait nécessairement demeurer à la loi. C'est en ce sens que se prononçaient la majorité des auteurs (419). Lorsqu'en 1953, la commission spéciale de la Chambre fut saisie d'un amendement devant permettre aux tribunaux, dans le cadre de la révision constitutionnelle alors à l'étude, de refuser l'application

(415) Voy. spécialement Cass. civ., 22 décembre 1931, *Cl.*, 1932, 683, discuté *supra*, n° 230.

(416) Sur cette tendance à considérer de plus en plus souvent qu'il y a lieu de renvoyer à l'interprétation gouvernementale, cf. *supra*, n° 190.

(417) En ce sens : M. Lagrange, rapport cité, in : *Droit communautaire et droit national*, p. 41. Voy. aussi P. Chailley, *op. cit.*, n° 107, p. 318, note 481.

(418) Voy. *supra*, n° 195.

(419) J. Masquelin, article cité, *A.D.S.P.*, 1953, XIII, n° 52, p. 150 ; *R.P.D.B.*, v° *Traités internationaux*, n° 301 ; P. De Visscher, note sous Cour sup. de justice, 14 juillet 1954, *R.C.D.I.P.*, 1955, 300 ; F. Dumon et F. Rigaux, *La Cour de Justice des Communautés européennes et les juridictions des États membres*, p. 3 ; M. Slusny et M. Waelbroeck, note sous Comm. Bruxelles, 16 juin 1960, *J.T.*, 1960, 725 ; F. Rigaux, étude citée, in : *Problèmes contemporains de droit comparé*, p. 211 ; Institut royal des relations internationales, *Les conséquences d'ordre interne de la participation de la Belgique aux organisations internationales*, p. 174 ; A. Braun, note sous Paris, 26 janvier 1963, *J.T.*, 1963, 169.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

des lois contraires aux traités, cette innovation fut rejetée au motif qu'accorder pareille compétence aux juges serait leur permettre de « s'immiscer dans les attributions des pouvoirs législatif et exécutif » (420). À la même époque, la commission de quatre professeurs de droit public chargée par le gouvernement de donner un avis au sujet des dispositions constitutionnelles qu'il y aurait lieu à réviser en vue de permettre l'adhésion de la Belgique à une communauté politique supranationale, estima peu souhaitable d'insérer dans la constitution une disposition expresse prévoyant ce pouvoir de contrôle. Celui-ci, estima-t-elle, « permet au juge d'opposer sa volonté à celle des organes de la représentation nationale. Ce système, qui va à l'encontre de nos traditions les plus fermement établies, encourt les critiques adressées à juste titre par la doctrine au contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois » (421).

241. La jurisprudence sur la question n'est pas abondante. Hormis quelques décisions des juridictions inférieures, généralement favorables à la primauté de la loi postérieure (422), on ne trouve guère qu'un arrêt de la Cour de cassation (423). Un Allemand demeurant en Sarre demandait que ses biens soient exclus de certaines mesures de séquestre ordonnées en application d'une loi du 17 novembre 1921. Selon lui, il résultait de l'article 297, littera b, alinéa 3, du traité de Versailles (424), combiné avec l'article 49 du même traité (425), que les habitants de la Sarre, étant exposés à perdre la nationalité allemande, ne pouvaient être considérés comme des ressortissants allemands pour l'application de la législation sur les séquestres. La Cour suprême refusa de suivre ce raisonnement, la loi belge du 17 novembre 1921, prise en application de l'article 297 du traité de Versailles, assimilant expressément les Sarrois aux autres

(420) *Doc. parl.*, Chambre, 1952-1953, n° 693, p. 54 et 55.

(421) Avis donné au gouvernement pat MM. G. Dor, W.J. Ganshof van der Meersch, P. De Visscher et A. Mast au sujet des dispositions constitutionnelles qu'il y aurait lieu à réviser en vue de permettre l'adhésion de la Belgique à une communauté politique supranationale, *Doc. parl.*, Chambre, 1952-1953, n° 696, p. 14.

(422) Civ. Mons, 28 janvier 1949, *J.T.*, 1950, 500 ; Comm. Liège, 13 février 1951, *Jur. Liège*, 1950-1951, p. 173 ; Bruxelles, 3 juillet 1953, *J.T.*, 1953, 518 ; 20 janvier 1954, *Pas.*, 1955, II, 38 ; Liège, 10 novembre 1954, *J.T.*, 1955, 385 ; Bruxelles, 25 janvier 1956, *Pas.*, 1957, II, 88 ; Trib. de police d'Aubel, 21 juin 1962, *Ann. Conv. eur. des dr. de l'h.*, 1962, 368 ; Civ. Gand, 26 juin 1962, *Rec. gén. enr. et not.*, n° 20566. *Contra* : Comm. Anvers, 2 mai 1949, *P.A.*, 1949, 331 ; Comm. Bruxelles, 16 juin 1960, *J.T.*, 1960, 725, note M. Slusny et M. Waelbroeck.

(423) Cass., 26 novembre 1925, *Pas.*, 1926, I, 76.

(424) Selon cet article, ne sont pas considérés comme ressortissants allemands, les ressortissants allemands qui acquièrent la nationalité d'une puissance alliée ou associée de plein droit en vertu du traité.

(425) Cette disposition prévoyait l'organisation, quinze ans après l'entrée en vigueur du traité, d'une consultation populaire par laquelle la population sarroise pourrait choisir la souveraineté sous laquelle elle désirerait se voir placée.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ressortissants allemands (426). Devant les termes formels de cette loi, la Cour se borna à constater :

> « Attendu qu'il appartient au législateur belge, lorsqu'il édicte des dispositions en exécution d'une convention internationale, d'apprécier la conformité des règles qu'il adopte avec les obligations liant la Belgique par traité ; que les tribunaux n'ont pas le pouvoir de refuser d'appliquer une loi pour le motif qu'elle ne serait pas conforme, prétendument, à ces obligations... »

242. Cet arrêt avait, jusqu'à récemment, été considéré par la doctrine unanime comme consacrant le principe qu'en cas de conflit entre un traité et une loi postérieure, le juge belge devait donner la préférence à cette dernière (427). Cette attitude avait été critiquée par certains auteurs, qui soulignaient son caractère rétrograde et souhaitaient l'insertion dans la constitution de dispositions consacrant et garantissant la primauté des traités sur le droit interne (428). Mais même les partisans les plus résolus de la suprématie du droit international admettaient qu'une réforme constitutionnelle était nécessaire à cette fin (429).

Dans la mercuriale très remarquée qu'il a prononcée le 3 septembre 1963 à l'audience de rentrée de la Cour de cassation (430), M. le procureur général R. Hayoit de Termicourt a proposé de l'arrêt de 1925 une interprétation permettant de restreindre sa portée et de considérer la question comme encore ouverte. Selon lui, la Cour a considéré en l'espèce qu'il n'existait pas un véritable « conflit de normes », la loi du 17 novembre 1921 ayant été prise pour donner exécution à l'article 297 du traité de Versailles. On ne se trouvait donc pas en présence de deux séries de règles directement applicables, incompatibles entre elles ; au contraire, l'article 297 du traité de Versailles fut réputé « *non self-executing* ». La seule portée de l'arrêt serait de dénier aux tribunaux le droit de contrôler la compatibilité des lois avec les dispositions non directement applicables des traités internationaux ; la question n'aurait pas été tranchée en ce qui concerne les traités directement applicables.

---

(426) L'article 2 de la loi prévoit que ne seront pas considérés comme ressortissants allemands ... (4°) ceux qui, en vertu des dispositions du traité de paix, *à l'exception de l'article 49*, peuvent acquérir de plein droit, à l'issue d'un plébiscite, la nationalité d'une puissance alliée ou associée ou la nationalité d'une puissance neutre. (C'est nous qui employons le cursif).

(427) J. Masquelin, article cité, *A.D.S.P.*, 1953, XIII, n° 52, p. 150 ; P. De Visscher, note citée, *R.C.D.I.P.*, 1955, p. 300 ; F. Rigaux, étude citée, in : *Problèmes contemporains de droit comparé*, p. 211 ; Ch. Rousseau, *Principes*, p. 427 ; M. Slusny et M. Waelbroeck, note citée, *J.T.*, 1960, p. 725.

(428) H. Rolin, « La force obligatoire des traités dans la jurisprudence belge » *J.T.*, 1953, p. 561.

(429) Se prononcent aussi en faveur d'une révision constitutionnelle consacrant la primauté du traité : J. Masquelin, article cité, *A.D.S.P.*, 1955, t. XV, n° 1, p. 19 ; W.J. Ganshof van der Meersch, « La constitution belge et l'évolution de l'ordre juridique international », *A.D.S.P.*, 1952, XII, p. 426 ; A. Mast, « Verdragen », *Administratief Lexicon*, n° 43.

(430) « Le conflit "Traité – loi interne" », *J.T.*, 1963, p. 481 et suiv.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Poursuivant l'examen de cette dernière question, M. Hayoit de Termicourt réfute quelques-unes des objections généralement soulevées à l'encontre de la reconnaissance du pouvoir de contrôle juridictionnel. Ainsi, s'il est exact que l'on a, à diverses reprises, affirmé le caractère « équipollent à la loi » des traités (431), il n'en résulte pas que le traité doive être à tous égards assimilé à une loi. De même, du fait que les tribunaux se refusent à contrôler la constitutionnalité des lois (432), il serait erroné de déduire qu'ils doivent s'abstenir de vérifier la conformité des lois avec les traités : il s'agit de deux questions distinctes (433). Examinant finalement la situation résultant de la création des Communautés européennes, le procureur général attire l'attention sur la gravité de la crise qui surviendrait si les tribunaux belges donnaient effet à des lois internes qui, peut-être involontairement, contreviendraient aux traités de Rome et de Paris ou aux actes pris en vue de leur application. Et il conclut qu'en l'absence d'une disposition constitutionnelle ou législative prescrivant formellement aux tribunaux d'appliquer, en tout état de cause, une loi postérieure à un traité approuvé et publié, ce n'est pas à la jurisprudence qu'il incombe de créer pareille obligation (434).

243. La position prise par M. le procureur général Hayoit de Termicourt a été accueillie favorablement par la doctrine (435). Tout au plus certains ont-ils exprimé des réserves quant à l'interprétation donnée à l'arrêt du 26 novembre 1925. Pour le professeur P. De Visscher, l'article 297 du traité de Versailles constituait bien, en l'occurrence, une disposition *self-executing*, de sorte que le bien-fondé de l'interprétation donnée par l'éminent magistrat peut être mis en doute (436). D'autres ont regretté que, dans le souci d'écarter le précédent que constituait l'arrêt de 1925, M. Hayoit

(431) Cass., 27 novembre 1950, *Pas.*, 1951, I, 181, et les conclusions de M. Hayoit de Termicourt.

(432) Cass., 23 juillet 1849, *Pas.*, 1849, I, 443 ; Cass., 10 décembre 1928, *Pas.*, 1929, I, 36 ; 21 octobre 1966, *J.T.*, 1967, 241.

(433) On a vu qu'aux Pays-Bas, les tribunaux sont juges de la conformité des lois aux traités (article 66 de la constitution), alors qu'ils ne le sont pas de leur constitutionnalité (article 131, alinéa 2, de la constitution).

(434) *J.T.*, 1963, p. 486.

(435) P. De Visscher, « Droit et jurisprudence belges en matière d'inexécution des conventions internationales », *R.B.D.I.*, 1965, p. 129 ; E. Suy, « De internationale en europese aansprakelijkheid der E.E.G.-lidstaten », *R.B.D.I.*, 1965, p. 141 et suiv. ; M. Waelbroeck, « Le juge belge devant le droit international et le droit communautaire », *R.B.D.I.*, 1965, p. 355 ; J.J.A. Salmon et E. Suy, « La primauté du droit international sur le droit interne », *Actes du Colloque conjoint des Centres de droit international de l'Institut de sociologie de l'Université de Bruxelles et de l'Université de Louvain (6 et 7 mai 1965) sur « L'adaptation de la constitution belge aux réalités internationales »*, p. 69 et suiv. ; C. Cambier, M. Waelbroeck, J.-V. Louis et H.A. Desmedt, rapport cité, p. 54 et suiv. ; F. Rigaux, « Les conflits de la loi nationale avec les traités internationaux », in : *Rapports belges au VIIe Congrès international de droit comparé d'Uppsala, 6-13 août 1966*, p. 279 à 282. Voy. aussi les interventions de MM. J. Masquelin et F. Dumon lors de la Semaine de Bruges de 1965, in : *Droit communautaire et droit national*, p. 91 à 95.

(436) P. De Visscher, article cité, *R.B.D.I.*, 1965, p. 129.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de Termicourt ait semblé exclure toute possibilité de contrôle juridictionnel par rapport aux traités non directement applicables (437). Tous cependant se réjouissent du progrès que représente la prise de position du procureur général et souhaitent qu'elle soit suivie par les tribunaux.

Jusqu'à présent, la seule application qui lui a été donnée par la Cour de cassation (438) est en quelque sorte négative. Ayant à se prononcer, le 13 avril 1964, sur un conflit allégué entre la Convention de Genève du 19 septembre 1949 sur la circulation routière et la réglementation belge du roulage, la Cour relève que la convention « ne conférant pas aux ressortissants des États contractants des droits ou des obligations contraires aux législations nationales », le juge du fond a légalement décidé que seule la loi interne devait trouver application ; en effet « il appartient au pouvoir législatif ou exécutif d'apprécier la conformité des lois ou des règlements qu'ils édictent avec les obligations liant la Belgique par une convention internationale ; que les tribunaux n'ont pas le pouvoir de refuser d'appliquer une loi ou un règlement conforme à la loi interne, pour le motif qu'ils ne seraient pas en harmonie avec ces obligations » (439). Il résulte implicitement de l'arrêt que si la convention avait engendré des droits ou des obligations pour les particuliers, le juge aurait dû lui donner la préférence ; c'est parce qu'elle n'avait pas cet effet que la loi l'a emporté. Selon la jurisprudence de la Cour, il paraît donc que le juge belge ne possède pas le pouvoir général de contrôler la conformité du droit interne au droit international ; c'est uniquement lorsque le traité confère des droits ou impose des obligations aux ressortissants que ce pouvoir peut s'exercer.

Un arrêt plus récent confirme que, si la Cour de cassation est disposée à veiller à ce que les droits et obligations individuels découlant des traités ne soient pas remis en cause par des lois internes contraires, elle n'étend pas plus loin son contrôle. Ainsi elle déclare :

> « ... qu'à supposer quelque éventuelle contradiction entre le droit interne, qui règle les litiges nés, comme en l'espèce, entre un particulier et l'État belge, et *les principes coutumiers du droit international public* en matière de succession d'États, *qui gouvernent les relations entre États*, encore serait-il que ces derniers principes ne sauraient faire échec à l'application du premier ;

(437) M. Waelbroeck, article cité, *R.B.D.I.*, 1965, p. 355 et 356 ; C. Cambier, M. Waelbroeck, J.-V. Louis et H.A. Desmedt, rapport précité, p. 61 à 64. Voy. *contra* : F. Rigaux, Rapport précité au Congrès d'Uppsala, p. 280.

(438) Le tribunal civil de Bruxelles a refusé, par jugement du 8 novembre 1966, d'appliquer l'article 41 de la loi du 2 août 1963 sur l'emploi des langues en matière administrative pour le motif, entre autres, que cette disposition était contraire à la Convention européenne des droits de l'homme (*J.T.*, 1966, 685). Voy. aussi I. De Weerdt, « De reglementering van het taalgebruik in het bedrijfsleven en de rechten van de mens », *R.W.*, 1966-1967, col. 1119 et suiv., qui critique le jugement pour le motif que, selon lui, l'incompatibilité alléguée était inexistante.

(439) Cass., 13 avril 1964, *Pas.*, 1964, I, 851. Voy. aussi, sur cet arrêt, *supra*, n° 169.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

> « Que la solution imposée par celui-ci rend surabondantes les considérations de l'arrêt ayant pour objet les principes du droit international public et que le moyen, en tant qu'il s'y attaque, est non recevable à défaut d'intérêt » (440).

La Cour paraît ainsi limiter strictement son pouvoir de contrôle aux dispositions directement applicables des traités, à l'exclusion tant des dispositions *non self-executing* de ceux-ci que des principes du droit des gens non écrit. Le parallèle avec la jurisprudence néerlandaise est frappant (441).

244. Quelle solution les tribunaux adopteraient-ils au cas où le législateur disposerait formellement que seule la loi doit recevoir application, nonobstant toute disposition contraire, même directement applicable, d'un traité international ? Il semble que le principe de la primauté de la règle conventionnelle directement applicable ne jouerait pas devant la manifestation d'une volonté législative précise en sens contraire. Organe dépositaire de la constitution et régulateur suprême de l'ordre juridique interne, le législateur doit normalement, dans l'état actuel des textes, avoir le dernier mot. Cette conséquence est d'ailleurs admise par M. le procureur général Hayoit de Termicourt qui s'exprime en ces termes : « Certes, si un texte constitutionnel prescrivait aux tribunaux d'appliquer les lois internes, même dans la mesure où elles contredisent un traité antérieur approuvé et publié, encore en vigueur, *ou si une loi — soit par une disposition générale, soit par une disposition concernant une matière déterminée — énonçait formellement pareille obligation*, les tribunaux seraient contraints de se conformer à cette prescription, s'agît-il de traités ayant les caractères spécifiques des traités instituant les Communautés européennes » (442).

C'est donc uniquement dans le cas d'un conflit involontaire, ou encore d'un conflit qui ne se révélerait qu'à l'examen des travaux préparatoires et non à la lecture du texte même de la loi, que la supériorité du traité directement applicable sera reconnue, si la Cour de cassation suit l'enseignement de son procureur général. À défaut d'une révision constitutionnelle attribuant expressément au juge le pouvoir de contrôler la conformité de la loi aux traités, ce pouvoir repose nécessairement, dans l'état actuel de l'aménagement des pouvoirs, sur des bases précaires (443).

245. Depuis la session de 1952-1953, les Chambres législatives belges sont saisies de propositions de révision constitutionnelle. Celles-ci tendaient à l'origine à apporter à la constitution les modifications rendues nécessaires

(440) Cass., 26 mai 1966, *J.T.*, 1966, p. 463. (C'est nous qui employons le cursif).
(441) Voy. *supra*, n° 223.
(442) Mercuriale citée, *J.T.*, 1963, p. 486. (C'est nous qui employons le cursif).
(443) En ce sens : C. Cambier, M. Waelbroeck, J.-V. Louis et H.A. Desmedt, rapport précité, p. 58.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

par la participation de la Belgique aux Communautés européennes (444). Il est caractéristique de l'évolution des idées de constater qu'en 1953, la commission spéciale de la Chambre refusa de proposer d'insérer dans la constitution une disposition accordant aux tribunaux le pouvoir de contrôler la compatibilité des lois aux traités et que la commission des quatre professeurs de droit public consultée par le gouvernement avait émis le même avis, pour le motif que ce serait là reconnaître au juge un pouvoir exorbitant (445) ; en 1959, l'amendement proposé ne souleva plus la même réaction ; si néanmoins, il ne fut pas repris par la majorité de la commission, c'est parce que celle-ci estima préférable de « laisser à l'évolution du droit des gens et de la jurisprudence le soin de trouver une réponse à ce problème dont la solution n'est, ni dans un sens ni dans l'autre, unanimement admise par le droit des gens actuel » (446). Enfin, lorsqu'en 1965 les Chambres procédèrent à la déclaration des articles qu'il y avait lieu de réviser, elles y inclurent l'article 107, et ce dans le souci manifeste d'y voir énoncer le pouvoir du juge de refuser l'application des dispositions, fussent-elles législatives, du droit interne qui contreviendraient aux conventions internationales (447).

Lors du colloque organisé conjointement les 6 et 7 mai 1965 par les Centres de droit international de l'Institut de sociologie de l'Université de Bruxelles et de l'Université de Louvain sur « L'adaptation de la constitution belge aux réalités internationales », les participants se rallièrent aux conclusions du rapport de MM. Salmon et Suy tendant à voir consacrer par un texte constitutionnel l'obligation pour les juges de refuser l'application des lois contraires aux règles du droit international, et notamment aux traités en vigueur régulièrement publiés (448). Si les Chambres constituantes devaient se rallier à cette formule, il s'agirait d'un progrès considérable par rapport à la situation actuelle. Non seulement l'enseignement de la mercuriale du procureur général Hayoit de Termicourt recevrait une base constitutionnelle, mais le contrôle juridictionnel serait renforcé, puisqu'il ne serait plus susceptible d'être aboli par une disposition législative expresse, et son champ d'application serait étendu, au-delà des seules dispositions directement applicables des traités, à toutes les clauses de ceux-ci et aux principes du droit international non écrit.

Les Chambres constituantes sont actuellement saisies de la question ; à l'heure où ces lignes sont écrites, on ignore la formule qui sera retenue.

---

(444) Il s'agissait à l'origine de la C.E.C.A. ainsi que des projets de Communauté européenne de défense et de Communauté politique.

(445) Voy. *supra*, n° 240.

(446) Rapport Mertens de Wilmars, *Doc. parl.*, Chambre, 1959-1960, n° 374-1 (Séance du 10 décembre 1959), p. 14 et 15.

(447) Voy. C. Cambier, M. Waelbroeck, J.-V. Louis et H.A. Desmedt, rapport précité, p. 60.

(448) Voy. les *Actes du Colloque conjoint*, p. 133, et le rapport de synthèse du professeur P. De Visscher, p. 119 et suiv.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

CONCLUSION.

246. Ce n'est que depuis la fin de la première guerre mondiale que le problème de l'autorité des traités par rapport aux lois postérieures se pose avec acuité ; précédemment, le nombre et l'importance des traités normatifs n'étaient pas suffisants pour donner naissance à des difficultés. Très rapidement, le problème concentra l'attention de la doctrine et se trouva placé au centre de la controverse entre monistes et dualistes. Après un examen des solutions qui résultent du droit comparé, il est permis de se demander si son importance n'a pas été quelque peu exagérée.

Dans tous les pays étudiés, qu'ils reconnaissent en théorie la suprématie des traités ou non, la plupart des conflits sont résolus par voie d'interprétation, soit que l'on considère la loi comme « réservant » le jeu du traité, soit que celui-ci soit réputé ne pas s'appliquer à la matière réglée par la loi. Dans aucun pays, même dans celui où l'influence de la théorie dualiste est la plus vivace, à savoir l'Italie, la nécessité de tenir compte de la spécificité du traité n'est perdue de vue : le jeu de la règle « *lex speciales* », la présomption selon laquelle le législateur n'a pas entendu violer les obligations internationales de l'État, la règle selon laquelle, en cas de doute, la loi doit s'interpréter dans un sens conforme au traité, permettent de surmonter les difficultés qui résulteraient de l'application pure et simple aux traités des règles sur la succession des lois dans le temps.

D'autre part, là où la primauté des traités est proclamée, elle est rarement appliquée en cas de conflit irréductible. Les espèces luxembourgeoises et françaises où le principe a été reconnu judiciairement n'impliquaient pas de conflit irréductible entre les deux sources de droit ; il était possible d'interpréter la loi comme n'ayant pas dérogé au traité. De leur côté, les juridictions néerlandaises n'ont jamais, jusqu'à présent, déclaré une disposition légale inapplicable pour le motif qu'elle était contraire à un traité ; elles se sont bornées à limiter son applicabilité aux cas non couverts par le traité. Lorsqu'une conciliation au profit du traité était impossible, elles ont fait prévaloir la loi, grâce à une interprétation restrictive du premier.

Ce qui compte, en définitive, ce n'est pas tant le pouvoir de contrôler la compatibilité des lois aux traités, que la disposition d'esprit des juges à l'égard du droit international et le souci qu'ils ont que soient respectées, dans toute l'étendue du possible, les obligations internationales de l'État. Certes, la proclamation, soit par un texte constitutionnel, soit par une jurisprudence constante, de la primauté des traités sur les lois internes, contribue à renforcer cet état d'esprit chez les magistrats ; il paraît douteux qu'elle ait des effets plus radicaux.

247. Une autre constatation s'impose en conclusion du présent chapitre : c'est que, quels que soient les pouvoirs que lui reconnaisse sa constitu-

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tion, le juge reste avant tout un organe de la souveraineté nationale. Il est naturellement porté à envisager les problèmes en tenant compte des préoccupations de l'État auquel il appartient, et est généralement peu enclin à aller à l'encontre de ce qu'il considère comme étant la volonté nationale pour faire prévaloir le respect de l'ordre juridique international. Sans contester la supériorité de cet ordre, il le considère comme quelque chose de lointain, dont l'observation ne lui incombe pas au premier chef, mais constitue la responsabilité des autres pouvoirs.

C'est ce qui explique le peu d'empressement avec lequel il admet qu'une loi contraire à un traité soit inapplicable ; il préfère considérer qu'elle conserve sa force obligatoire dans les domaines non couverts par le traité ou, lorsque pareille interprétation est impossible, que le traité n'a pas pour effet de s'opposer à son application. C'est également pour cette raison qu'il tend à donner une interprétation restrictive des textes constitutionnels qui énoncent la supériorité du droit international sur le droit interne : en Italie et en Allemagne, la primauté constitutionnellement reconnue au droit international général n'a pas été étendue aux traités, tandis qu'à l'inverse, l'article 66 de la constitution néerlandaise proclamant la primauté des traités a été déclaré inapplicable au droit international général. En Belgique, l'effort tenté dans la mercuriale de septembre 1963 a été limité par son auteur aux dispositions directement applicables des traités, et la Cour de cassation a refusé de l'étendre par analogie aux dispositions non directement applicables et aux principes coutumiers du droit des gens. Ce n'est qu'au Grand-Duché de Luxembourg, qu'en l'absence de base constitutionnelle, la supériorité des traités a été fondée par la jurisprudence sur leur « essence supérieure » résultant de leur « origine plus haute que la volonté d'un organe interne », sans qu'il apparaisse qu'elle soit limitée aux clauses *self-executing* et qu'elle ne s'applique pas aux autres sources du droit international. Cette attitude remarquable s'explique sans doute par les dimensions réduites de l'État luxembourgeois et l'importance relative plus grande que revêtent les stipulations internationales par rapport aux sources de droit interne. Il reste à voir, toutefois, si elle serait maintenue dans l'hypothèse d'un conflit irréductible entre un traité et une loi.

* * *

Deux années seulement après la publication de mon livre, la Cour de cassation de Belgique devait prononcer, sur les conclusions conformes de son procureur général W.J. Ganshof van der Meersch, le célèbre arrêt *Fromagerie franco-belge « Le Ski »* dans lequel elle affirmait avec force

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

la primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit national.

Dans un article publié dans la *Rivista di diritto internazionale*, je replaçai l'arrêt dans le contexte général du rôle du juge belge face au droit international et au droit communautaire.

« Considérations sur le rôle du juge belge face au droit international »,
Rivista di diritto internazionale,
1973, pp. 499-524.

1. En raison de l'impact grandissant des conventions internationales en général et du droit communautaire en particulier, le rôle du juge belge est en train de subir une mutation profonde, dont l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 27 mai 1971 constitue une étape capitale. L'évolution en cours concerne la nature même de la fonction juridictionnelle nationale. Lorsqu'il se trouve face à une norme de l'ordre juridique international, le juge belge doit-il l'appliquer comme le ferait un juge international — juge international qui, par hypothèse, serait compétent pour se prononcer sur des litiges entre ressortissants de l'ordre interne — sans se sentir tenu en aucune manière par les règles du système constitutionnel dont il relève qui pourraient, le cas échéant, s'y opposer ? Ou ne peut-il, au contraire, prendre en considération la norme internationale pour la solution du litige qui lui est soumis que dans la mesure où il trouve dans son droit constitutionnel une disposition lui ordonnant expressément ou implicitement de l'appliquer ?

La solution que l'on donne est étroitement liée, on l'aperçoit, au choix entre la théorie moniste et la théorie dualiste des rapports entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne. En effet, si les deux ordres sont considérés comme rigoureusement distincts et séparés, la règle de droit international étant par définition incapable d'être appliquée telle quelle par les tribunaux nationaux, seules les règles internes introduites pour adapter l'ordre national aux obligations internationales étant susceptibles de recevoir application par eux, il est clair qu'une discordance considérable pourra exister entre la façon dont la règle internationale sera appliquée par un juge international et celle dont les règles internes d'adaptation seront appliquées par le juge interne. Si au contraire on considère que la règle internationale et la règle interne font partie d'un ordre juridique unique, de telle sorte que la première peut être appliquée telle quelle tant par les juridictions internationales que par les juridictions nationales, cette application devra nécessairement se faire de la même manière quelle que soit la juridiction saisie ; on ne

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

saurait concevoir, en effet, qu'au sein d'un même ordre juridique, une norme soit considérée comme valable par une juridiction et non valable par une autre.

L'arrêt du 27 mai 1971 se prononce sur un conflit entre une règle de droit international conventionnel et une loi nationale postérieure. Il reconnaît la primauté à la règle de droit international conventionnel. À ce titre, il a été salué presque unanimement par les commentateurs (449) comme consacrant l'aboutissement des efforts conjugués de la doctrine (450) et d'éminents représentants du Parquet de la Cour de

(449) Cf. Salmon, *Le conflit entre le traité international et la loi interne en Belgique à la suite de l'arrêt rendu le 27 mai 1971 par la Cour de cassation*, *Journal des tribunaux*, 1971, p. 509 et suiv., p. 529 et suiv. ; Plouvier, *La primauté du droit international et du droit communautaire en Belgique. Analyse de l'arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 1971*, Revue du Marché commun, 1972, p. 171 et suiv. ; Pescatore, note sous l'arrêt, *Cahiers de droit europ.*, 1971, p. 564 et suiv. ; Mertens de Wilmars, note sous l'arrêt, *Sociaal Economische Wetgeving*, 1972, p. 444 et suiv. ; Vandersanden, *Revue int. de droit comp.*, 1972, p. 847 et suiv.

(450) Cf. notamment : Cambier, Waelboeck, Louis et Desmedt, *Rapport belge sur les mécanismes juridiques assurant la mise en œuvre de la législation communautaire par les autorités législatives ou executives nationales*, *Troisième colloque international de droit européen*, Paris, 1965, p. 1 et suiv. ; Dehousse, *La ratification des traités. Essai sur les rapports des traités et du droit interne*, Paris, 1935 ; P. de Visscher, *Droit et jurisprudence belges en matière d'inexécution des conventions internationales*, *Revue belge de droit int.*, 1965, p. 125 et suiv. ; Id., *Les positions actuelles de la doctrine et de la jurisprudence belges à l'égard du conflit entre le traité et la loi*, *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, p. 605 et suiv. ; Id., note sous Cour supérieure de justice, 14 juillet 1954, *Revue crit. de droit int. privé*, 1955, p. 296 et suiv. ; Dumon, *Conflits entre les normes résultant des traités ayant institué les Communautés européennes et celles des droits nationaux des États membres*, *Rev. int. de droit comp.*, 1965, p. 21 et suiv. ; Dumon et Rigaux, *La Cour de justice des Communautés européennes et les juridictions des États membres*, *Annales de droit et de Sciences pol.*, 1958, p. 263 et suiv. et 1959, p. 7 et suiv. ; Ganshof van der Meersch, *Vues comparatives sur l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique national dans les droits belge, néerlandais et luxembourgeois*, *Rev. int. de droit comp.*, 1966, p. 797 et suiv. ; Id., *Le droit communautaire et ses rapports avec les droits des États membres*, *Droit des Communautés européennes. Les Novelles*, Bruxelles, 1969, p. 41 et suiv. ; Louis, *Le conflit de la règle de droit international et de la règle de droit interne*, *Revue de l'Univ. de Bruxelles*, 1968-69, p. 262 et suiv. ; Masquelin, *L'action réciproque des traités et des lois*, *Annales de droit et de sciences pol.*, 1953, p. 133 et suiv. ; Id., *Le contrôle et l'application des traités par les organes juridictionnels internes*, *ibidem*, 1955, p. 3 et suiv. ; Mast, Verdragen, *Administratief Lexicon*, n° 43 ; Pescatore, *La prééminence des traités sur la loi interne selon la jurisprudence luxemburgeoise*, *Journal des tribunaux*, 1953, p. 645 et suiv. ; Rigaux, *Le problème des dispositions directement applicables (self-executing) des traités internationaux et son application aux traités instituant les Communautés*, *Deuxième colloque international de droit européen*, Zwolle, 1966, p. 159 et suiv. ; Id., *Les conflits de la loi nationale avec les traité internationaux*, *Rapports belges au VIIe Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, 1966, p. 269 et suiv. ; Id., *Les problèmes de validité soulevés devant les tribunaux existant entre la constitution de l'État, d'une part, et les traités et les principes généraux de droit international, d'autre part*, *Problèmes contemporains de droit comparé*, Tokyo, 1962, t. I, p. 179 et suiv. ; Rolin, *La force obligatoire des traités dans la jurisprudence belge*, *Journal des tribunaux*, 1953, p. 561 et suiv. ; Salmon et Suy, *La primauté du droit international sur le droit interne*, *L'adaptation de la Constitution belge aux réalités internationales*, Bruxelles, 1966, p. 69 et suiv. ; Smets, *L'assentiment des Chambres législatives aux traités internationaux*, Bruxelles, 1964, p. 96 ; Suy, *Les rapports entre le droit communautaire et le droit interne des États membres*, Heule, 1964 ; Waelbroeck, *Le juge belge devant le droit communautaire*, *Revue belge de droit int.*, 1965, p. 348 et suiv. ; Id., *Nature*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

cassation (451). Nous voudrions le replacer dans le contexte plus général du rôle du juge belge face au droit international et au droit communautaire. Nous verrons qu'envisagé sous cet angle, l'arrêt indique une évolution considérable par rapport aux conceptions jurisprudentielles antérieures. Il ne constitue cependant nullement un terme. La mutation du rôle du juge belge est en cours ; elle n'est pas encore achevée.

I. LA CONCEPTION TRADITIONNELLE DU RÔLE DU JUGE BELGE

2. Malgré l'absence de toute disposition constitutionnelle analogue à celles qui, en Italie et en Allemagne par exemple (452), prescrivent l'adaptation automatique de l'ordre interne au droit international général, il est de tradition en Belgique que les juges appliquent les règles du droit international coutumier chaque fois que c'est nécessaire pour la solution du litige qui leur est soumis (453).

On considère généralement que cette application est abandonnée aux juges du fond. La Cour de cassation a déclaré, dans un arrêt déjà ancien, qu'elle n'était compétente que pour connaître de la violation de règles de droit écrit et non des « principes du droit des gens » (454). Une certaine évolution s'est manifestée depuis, en ce sens que la Cour suprême accepte de faire porter son contrôle sur l'application d'une règle de droit international coutumier lorsqu'une disposition de la loi belge s'y réfère ou lorsque l'effet de la règle est une condition d'application de la loi belge (455). L'évolution de la doctrine (456) et de la jurisprudence (457) relative au contrôle de la Cour de cassation sur l'application des principes généraux du droit par les juges du fond porte à penser que

juridique, des actes des organisations et des juridictions internationales et leurs effets en droit interne, Rapports belges au VIIIe Congrès international de droit comparé, Bruxelles, 1970, p. 503 et suiv. ; Id., *Traités internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché commun*, Bruxelles, 1969.

(451) Cf. Hayoit de Termicourt, *Le conflit traité — loi interne*, *Journal des tribunaux*, 1963, p. 481 et suiv. ; Ganshof van der Meersch, *Réflexions sur le droit international et la revision de la Constitution*, *ibidem*, 1968, p. 485 et suiv. ; aussi publié sous le titre *Le juge belge et le droit international*, *Revue belge de droit int.*, 1970, p. 409 et suiv.

(452) Article 10 de la Constitution italienne ; article 25 de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne.

(453) Cf. Cass., 25 janvier 1906, *Pasicrisie belge*, 1906, I, 95, conclusions du Procureur général Janssens. Cf. aussi Salmon, *Le rôle de la Cour de cassation belge à regard de la coutume*, *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, 1972, p. 170 et suiv.

(454) Cf. Cass., 21 janvier 1848, *Pasicrisie belge*, 1848, I, 277.

(455) Cf. en ce sens les exemples donnés par Salmon, *op. cit.*, p. 207 et suiv.

(456) Cf. notamment Ganshof van der Meersch, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit* (discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 1er septembre 1970), Bruxelles, 1970, p. 131.

(457) Voyez notamment la jurisprudence citée dans la mercuriale précitée de M. Ganshof van der Meersch.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

la Cour admettrait aujourd'hui la recevabilité d'un pourvoi invoquant la violation d'une règle de droit international coutumier (458).

La coutume internationale ne jouit pas dans l'ordre interne d'un rang élevé. Dans un arrêt du 26 mai 1966, la Cour de cassation a rejeté un pourvoi qui invoquait une contradiction entre une loi belge et les principes du droit international relatif à la succession aux dettes extra-contractuelles de l'ancienne colonie du Congo belge pour les motifs suivants :

> « Attendu qu'à supposer quelque éventuelle contradiction entre le droit interne, qui règle les litiges nés, comme en l'espèce, entre un particulier et l'État belge, et les principes coutumiers du droit international public en matière de succession d'États, qui gouvernent les relations entre États, encore serait-il que ces derniers principes ne sauraient faire échec à l'application du premier ;
>
> Que la solution imposée par celui-ci rend surabondantes les considérations de l'arrêt ayant pour objet les principes du droit international public et que le moyen, en tant qu'il s'y rattache, est non recevable à défaut d'intérêt ».

En déclarant le moyen irrecevable « à défaut d'intérêt », la Cour a, nous semble-t-il, entendu souligner l'inaptitude de la règle internationale coutumière à faire échec à l'application d'une règle interne de droit écrit — quel que soit le pouvoir dont celle-ci émane — et non uniquement la circonstance qu'en l'espèce, les principes invoqués ne gouvernaient que les relations entre États et ne pouvaient donc pas être invoqués par des particuliers (459). En effet, toute règle de droit international gouverne, par définition même, les relations entre États ; cela ne signifié pas qu'il ne puisse en résulter des droits pour les individus, notamment lorsque son objet est (comme celui des principes relatifs à la succession d'États) de modifier les relations interindividuelles. En précisant que « les principes coutumiers du droit international public en matière de succession d'États... gouvernent les relations entre États », la Cour n'a donc pas limité la portée de la règle de conflit qu'elle énonçait.

En conclusion, on constate que, dans la conception traditionnelle, les rapports que le juge belge entretient avec les principes du droit coutumier international sont assez distants ; si la valeur juridique de ces principes n'est pas mise en question, il n'est pas absolument certain que leur application puisse être contrôlée par la Cour de cassation, et en tout état de cause, leur primauté face au droit interne n'est nullement assurée.

3. L'article 68, alinéa 2, de la Constitution belge prévoit que « les traités de commerce et ceux qui pourraient grever l'État ou lier individuellement

(458) Cf. Salmon, *op. cit.*, p. 210 et suiv.
(459) *Contra*, Salmon, *op. cit.*, p. 212.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

les Belges, n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment des Chambres ». Le caractère insuffisant de cette disposition, qui remonte à 1831 et n'a jamais été amendée depuis, a souvent été mis en évidence (460). En pratique, tous les traités de nature à affecter gravement les intérêts du pays sont aujourd'hui soumis aux Chambres législatives (461). Il en est de même des traités dérogeant aux lois ou entraînant l'obligation de les modifier (462).

L'article 68, alinéa 2, de la Constitution ne précise pas dans quelle forme doit être donné l'assentiment des Chambres aux traités qui y sont énumérés (463). Ceci n'a pas empêché que cet assentiment a toujours revêtu la forme d'une loi (464).

De nombreux auteurs critiquent cette pratique. Ils considèrent la procédure législative comme inutilement lourde et compliquée : en effet, elle exige l'avis préalable du Conseil d'État, le débat en commission des affaires étrangères, la discussion en séance publique, et le vote successif des deux Chambres. Elle est en outre illogique, étant donné qu'elle demande l'intervention du Roi, appelé à donner sa sanction aux lois en vertu de l'article 26 de la Constitution (465) ; or, le Roi est déjà intervenu pour autoriser la signature par son plénipotentiaire et il sera appelé à le faire à nouveau à l'occasion de la ratification du traité. Il devrait être possible, selon ces auteurs, de donner l'assentiment par simple résolution conjointe des deux Chambres (466).

---

(460) Parmi les auteurs les plus récents, voy. Smets, *L'assentiment des Chambres législatives aux traités internationaux*, cité, p. 13 ; P. de Visscher et Smets, *La révision de l'article 68 de la Constitution belge*, *L'adaptation de la constitution belge aux réalités internationales*, cité, p. 15 et suiv.

(461) Avis inédit de la Section de législation du Conseil d'État sur le projet de loi ayant pour but de faire établir par le pouvoir législatif la procédure par laquelle les Chambres donneront l'assentiment requis par l'article 68, alinéa 2 (18 septembre 1950) ; Rolin, *Le contrôle parlementaire de la politique internationale*, *Le contrôle parlementaire de l'action gouvernementale*, Bruxelles, 1957, p. 89 ; Smets, *op. cit.*, p. 20.

(462) Smets, *op. cit.*, p. 21. Voy. aussi *Répertoire pratique du droit belge*, XIV, Bruxelles-Paris, 1953, *Traités internationaux*, pp. 754 et 764, selon lequel l'assentiment des Chambres aux traités portant sur des matières réservées au législateur ou dérogeant aux lois serait requis pour la *validité internationale* de ces traités. Cette thèse nous paraît excessive : en l'absence de disposition constitutionnelle expresse exigeant l'assentiment des Chambres à ces traités, il ne peut s'agir, nous semble-t-il, que d'une condition d'efficacité interne, sans incidence sur la validité en droit international.

(463) Pour les traités entraînant des modifications aux limites du territoire, l'article 68 de la Constitution, dans son troisième alinéa, exige explicitement le vote d'une loi.

(464) Celle-ci est généralement rédigée comme suit : « Le traité... sortira son plein et entier effet ».

(465) Article 26 : « Le pouvoir législatif s'exerce collectivement par le Roi, la Chambre des Représentants et le Sénat ».

(466) La thèse a été défendue pour la première fois par M. van Cleemputte en 1904 dans le rapport fait au nom de la Commission de la Chambre concernant la loi d'approbation des Conventions de La Haye du 12 juin 1902 sur les conflits de loi en matière de mariage et de divorce et sur la tutelle des mineurs, *Doc. parl.*, *Chambre*, 1903-1904, p. 409. Elle a été reprise avec vigueur par M. Henri Rolin, en 1934, dans son rapport au nom des Commissions réunies

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Une commission présidée par le Comte Henri Carton De Wiart et composée de MM. P. de Visscher, W.J. Ganshof van der Meersch, F. Muûls et H. Rolin fut instituée en vue d'examiner la possibilité d'une simplification de la procédure d'approbation des conventions internationales par les Chambres ; elle aboutit, en 1951, à la même conclusion : l'allégement souhaité pouvait être réalisé sans revision constitutionnelle, l'article 68 n'imposant aucune forme pour l'assentiment et les Chambres étant libres, par conséquent, de donner celui-ci par simple résolution (467). Saisi d'un avant-projet de loi relatif à la procédure par laquelle les Chambres donneront leur assentiment aux traités, qui avait été élaboré par la Commission Carton de Wiart, le Conseil d'État se rallia, dans deux avis inédits, aux vues exprimées (468).

Toutefois, ces suggestions ne furent pas suivies d'effet : les traités continuent de faire l'objet de lois d'assentiment et non de résolutions. Lors d'un colloque organisé par les Centres de droit international des Universités de Bruxelles et de Louvain les 6 et 7 mai 1965 sur l'adaptation de la Constitution belge aux réalités internationales, MM. P. de Visscher et P.F. Smets proposèrent d'introduire la procédure de l'assentiment par simple résolution dans la Constitution elle-même ; cette proposition fut reprise dans le projet de revision de l'article 68 soumis par le gouvernement aux Chambres constituantes en 1968, projet qui n'aboutit pas, les Chambres ayant été dissoutes en septembre 1971, avant que la revision de cette disposition n'eût été menée à bien. La commission de revision du Sénat, qui avait été saisie du texte proposé par le gouvernement, avait estimé devoir s'en tenir à la pratique de l'approbation par une loi (469).

4. Le problème de savoir si l'assentiment des Chambres conditionne la validité du traité international, ou s'il a seulement pour effet d'en permettre l'exécution dans l'ordre interne, a été longuement débattu.

---

des affaires étrangères et de l'instruction publique chargées d'examiner le projet de loi portant approbation de la Convention internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, conclue à Rome de 2 juin 1928, *Doc. parl.*, *Sénat*, 1933-1934, n° 97. Voy. aussi : P. de Visscher, note précitée, *Journal des tribunaux*, 1956, p. 339 ; Rolin, *Le contrôle parlementaire de la politique internationale*, précité, p. 90 ; Ganshof van der Meersch, *Henri Rolin et les relations internationales*, *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, 1964, IL ; Mast, Verdragen, précité, n° 21 ; Smets, *op. cit.*, p. 40 à 46.

(467) Sur les travaux de cette commission, voy. : Rolin, *Le contrôle parlementaire de la politique internationale*, précité, p. 92 et suiv. ; P. de Visscher, note citée, p. 339 ; W.J. Ganshof van der Meersch, *Henri Rolin et les relations internationales*, précité, p. XLVIII et IL ; Smets, *op. cit.*, p. 43 à p. 45.

(468) Smets, *op. cit.*, p. 45. Il est à remarquer que le Conseil d'État donna néanmoins un avis négatif sur ce projet, considérant qu'il s'agissait d'une matière où, en vertu de la Constitution, chaque Chambre devait pouvoir librement fixer la procédure qu'elle adopterait.

(469) Voyez le rapport fait au nom de la commission de revision de la Constitution par M. Elie van Bogaert, *Doc. parl.*, *Sénat*, 1970-1971, 1er juillet 1971, n° 596 ; voyez aussi Rolin, *La révision de l'article 68 de la Constitution*, *Journal des tribunaux*, 1971, p. 565 et suiv.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Pour les uns, l'assentiment constitue une formalité habilitante ; la ratification donnée en son absence serait irrégulière au regard du droit constitutionnel belge (470). Cette opinion se fonde sur la nécessité d'assurer un contrôle démocratique de la conclusion des engagements internationaux ; elle invoque en outre la pratique, devenue constante, de soumettre les traités aux Chambres avant de les ratifier.

La plupart des auteurs adopte cependant la thèse opposée. Selon eux, le système constitutionnel belge s'inspire de celui en vigueur en Grande-Bretagne (471) : le Roi a tout pouvoir pour engager internationalement la Belgique ; toutefois, le traité ne peut sortir ses effets à l'intérieur, dans le cas où il régit des matières relevant de la compétence du législateur, qu'une fois obtenu l'assentiment des Chambres (472). L'article 68, alinéa 2, de la Constitution est une simple application du principe de la séparation des pouvoirs ; c'est à juste titre qu'on a parlé, à son sujet, d'une « véritable superfétation » (473), puisque l'article 67 interdit en tout cas au Roi de suspendre les lois et de dispenser de leur exécution (474). Si en pratique le Roi ne ratifie pas avant d'avoir recueilli l'assentiment des Chambres, ce n'est pas parce que cet assentiment est nécessaire pour la conclusion ; c'est uniquement, comme en Grande-Bretagne (475), afin d'éviter de se trouver dans une impasse si, une fois le traité entré en vigueur et obligatoire pour l'État, le législateur refusait de l'approuver (476).

---

(470) Voy. principalement Dehousse, *La conclusion des traités d'après la pratique constitutionnelle et diplomatique belge*, *Annuaire de l'Institut de droit comp. de l'Univ. de Paris*, 1938, p. 133 à 135 ; Id., *La ratification des traités*, p. 134 à 138. Voy. aussi : *Pandectes belges*, t. XXVI, *Convention internationale*, n° 82 ; Nisot, *La conclusion et l'exécution des traités internationaux envisagés par rapport à l'État belge*, *Mélanges offerts à Ernest Mahaim*, t. II, p. 229 ; Masquelin, *L'action réciproque des traités et des lois*, précité, p. 152 à 154 ; Id., *Le contrôle et l'application des traités par les organes juridictionnels internes*, précité, p. 6 et 13 ; *Répertoire pratique du droit belge*, cité, *Traités internationaux*, p. 753. Voy. enfin : Trib. civ. Bruxelles, 27 novembre 1961, *Journal des tribunaux*, 1962, p. 46.

(471) McNair, *The Law of Treaties*, London, 1961, p. 81 et 82 ; Lauterpacht, *Is International Law a Part of the Law of England ?*, *Transactions of the Grotius Society*, XXV, 1940, p. 73. Voy. aussi P. de Visscher, *De la conclusion des traités internationaux*, Bruxelles, 1943, p. 41.

(472) Thimus, *Traité de droit public*, Liège, t. II, p. 174 ; Muûls, *Le traité international et la Constitution belge*, *Revue de droit int. et de lég. comp.*, 1934, p. 465 et suiv. ; P. de Visscher, *De la conclusion des traités*, cité, p. 43 à 49 ; Vliebergh, *De l'effet de l'assentiment des Chambres*, *Revue de droit int. et de droit comparé*, 1951, p. 18 ; Wigny, *Traité de droit public belge*, t. II, p. 655 et suiv. ; Van Bogaert, *Beginselen van het Volkenrecht*, Gand, n° 233 ; Rigaux, *Les problèmes de validité*, *Problèmes contemporains de droit comparé*, t. I, Tokio, 1962, p. 189 et suiv. ; Havoit de Termicourt, *Le conflit traité-loi interne* (mercuriale prononcée à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 3 septembre 1963), *Journal des tribunaux*, 1963, p. 481 ; Mast, Verdragen, précité, n° 27 ; Smets, *op. cit.*, p. 69.

(473) L'alinéa 2 de l'article 68 est le résultat d'une initiative de van Meenen au Congrès national. L'amendement qu'il proposa, et dont est issu le texte actuel, fut critiqué par Lebeau qui l'estimait inutile : « L'entier amendement de M. van Meenen est une véritable superfétation ». Voy. Huyttens, *Discussions du Congrès national de Belgique*, t. II, Bruxelles, 1844, p. 76 et suiv.

(474) P. de Visscher, *op. cit.*, p. 43.

(475) McNair, *op. cit.*, p. 98.

(476) P. de Visscher, *op. cit.*, p. 44 et suiv.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Dans le mémorandum adressé le 6 mars 1951 au Secrétaire général de l'O.N.U. concernant la procédure de conclusion des traités, le gouvernement belge s'est rallié sans réserve à cette deuxième thèse (477).

5. On s'est demandé si la loi d'assentiment était une loi au sens matériel, en ce sens qu'elle édicterait les normes internes nécessaires pour que le traité puisse recevoir exécution, ou si elle constituait simplement un acte de haute tutelle exercée par les Chambres sur l'activité du Roi en matière internationale et rendant le traité applicable en tant que tel par les tribunaux belges.

M. le conseiller d'État J. Masquelin a défendu avec talent la thèse selon laquelle la loi portant assentiment de traités modifiant les lois internes serait un acte législatif au sens matériel. Selon lui, le législateur interviendrait dans ce cas non pas à titre de pouvoir de contrôle, de tutelle ou d'habilitation, ou même simplement d'approbation politique, mais il exercerait la fonction législative qui est sienne pour permettre l'introduction du traité au rang des dispositions internes. Dès lors, seule une loi adoptée par les trois branches du pouvoir législatif, selon les formes constitutionnelles, pourrait conférer force obligatoire à ces traités ; un simple assentiment par résolution serait insuffisant (478).

Plusieurs auteurs se rallient à ce point de vue (479). Néanmoins, la majorité de la doctrine ne considère pas que la loi d'assentiment soit une loi matérielle. En admettant qu'une résolution des Chambres suffise à donner effet au traité en droit interne, cette doctrine présuppose nécessairement qu'une fois approuvé, c'est le traité lui-même qui s'applique (480).

Déjà lors de la discussion de la loi d'assentiment des conventions de La Haye du 12 juin 1902 sur les conflits de lois en matière de mariage, de divorce, de séparation de corps et de tutelle des mineurs, la question

(477) *U. N. Legislative Series*, *Laws and Practices concerning the Conclusion of Treaties*, p. 16.

(478) *L'action réciproque des traités et des lois*, cité, p. 145. Cf. aussi *Répertoire pratique de droit belge*, cité, *Traités internationaux*, p. 765.

(479) Conclusions de M. l'Avocat général F. Dumon avant Cass., 25 novembre 1955, *Pasicrisie belge*, 1956, I, p. 285 ; Vliebergh, *op. cit.*, p. 19 ; Van Laere, *La Convention internationale de Genève*, *Revue de droit int. et de droit comparé*, 1956, p. 23 ; Mertens de Wilmars, rapport fait au nom de la Commission de revision de la constitution, *Doc. parl.*, *Chambre*, 1959-1960, n° 374-1 (séance du 10 décembre 1959), p. 5.

(480) Muùls, *op. cit.*, p. 470 ; Wigny, *op. cit.*, t. II, p. 657 ; P. de Visscher, *De la conclusion des traités*, cité, p. 46 ; Id., note citée, p. 339 ; Ganshof van der Meersch, *L'impôt et la loi*, *En hommage à Victor Gothot*, p. 303 ; Mast, Verdragen, cité, n° 22 ; Smets, *op. cit.*, p. 82 et suiv. ; Rolin, *Le contrôle parlementaire de la politique internationale*, précité, p. 91 ; Dehousse, *La ratification des traités*, précité, p. 72 ; Dupriez, *Chronique constitutionnelle*, *Belgique (mai 1904-avril 1905)*, *Revue de droit public et de sciences pol.*, 1905, I, 435.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

avait été soulevée (481). Le rapporteur de la commission de la Chambre, J. Van Cleemputte, précisa que :

> « Ce qui a effet, ce n'est pas une loi que le pouvoir législatif national élaborerait en interprétant le traité sans le secours du cocontractant. Ce qui a effet, c'est le traité. Le cocontractant doit appliquer le traité chez lui, il a le droit d'exiger que ce traité lui-même, tel qu'il a été signé, soit exécuté chez l'autre partie contractante » (482).

Quant à la Cour de cassation, si elle se refusait généralement à accueillir les pourvois invoquant la violation d'un traité non approuvé par une loi (483), c'était en raison d'une interprétation restrictive des textes qui régissaient sa compétence : elle estimait qu'il n'y avait pas là de « contravention à la loi » ; on ne pourrait en tirer la conséquence qu'à son avis, pareil traité ne faisait pas partie du droit belge.

L'attitude de la Cour n'a d'ailleurs pas toujours été aussi stricte. Ainsi, dans deux arrêts du 12 novembre 1935, elle admit la recevabilité de moyens pris de la violation d'une convention d'établissement franco-belge du 6 octobre 1927 (484). Dans une des espèces, le moyen fut même soulevé d'office (485). Or, si la convention avait été ratifiée et publiée, elle n'avait pas fait l'objet de l'assentiment des Chambres (486).

Ainsi que nous le constations en 1969, les solutions traditionnellement admises en Belgique n'étaient pas le reflet d'une conception doctrinale fermement établie des rapports entre le droit international et le droit interne (487). D'une part, le fait que l'assentiment des Chambres était toujours donné sous forme de loi et qu'il était demandé, en dépit du silence de l'article 68, chaque fois qu'il s'agissait de modifier la législation existante, paraissait indiquer qu'il s'agissait d'un ordre d'exécution, conforme à la tradition dualiste. Cette impression est confirmée par le fait que l'assentiment était généralement considéré comme ayant efficacité purement interne et ne constituant en aucune manière une condition de validité internationale du traité : il était donc possible qu'un traité pût valablement engager la Belgique sur le plan international, sans pouvoir être appliqué par les tribunaux belges, faute d'assentiment. Néanmoins, la majorité des auteurs ne tirait pas la conclusion logique de cet état de choses, à savoir que la loi d'assentiment avait un contenu normatif, en

(481) *Annales parlementaires*, *Sénat*, séance du 11 mai 1904, 1903-1904, p. 533 à 540.

(482) *Doc. parl.*, *Chambre*, 1903-1904, p. 410.

(483) Cf. Cass., 12 juillet 1923, *Pasicrisie belge*, 1923, I, p. 424 ; 27 novembre 1950, *ibidem*, 1951, I, p. 281 ; 14 février 1963, *ibidem*, 1963, I, 673.

(484) *Pasicrisie belge*, 1936, I, p. 48 et 51.

(485) *Pasicrisie belge*, 1936, I, p. 51.

(486) Voy. à ce sujet Cour d'appel de Bruxelles, 1er mai 1940, *Pasicrisie belge*, 1941, II, p. 62, qui refuse de faire application de cette convention pour le motif qu'elle n'avait pas été approuvée.

(487) Cf. *Traités internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché commun*, Bruxelles-Paris, 1969, p. 114.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tant qu'elle introduisait dans l'ordre interne les régies nécessaires pour que le traité puisse y recevoir exécution. Elle considérait, au contraire, que le traité était applicable tel quel par les juridictions internes, une fois donné l'assentiment des Chambres.

6. Selon la doctrine et la jurisprudence classique, le traité ayant reçu l'assentiment des Chambres avait « force de loi » (488), était « équipollent à la loi » (489). Ainsi était exprime, de manière particulièrement énergique, que le traité possède la même force abrogatoire que la loi, qu'il peut modifier ce que la loi a établi. Cette abrogation n'était cependant pas définitive : l'efficacité des lois antérieures était seulement suspendue pour la durée d'application du traité. Selon les termes d'un arrêt de la Cour de cassation du 8 janvier 1925, le traité « arrête les effets » des lois qui lui sont contraires (490).

En cas de conflit avec une disposition adoptée par le pouvoir exécutif, le traité, ayant reçu l'assentiment des Chambres, l'emportait en raison de son « équipollence » à la loi (491). Il importait peu de savoir si la disposition nationale était antérieure ou postérieure au traité.

En revanche, cette question de date était cruciale s'agissant d'une disposition nationale ayant valeur de loi. Dans un arrêt du 26 novembre 1925, la Cour de cassation a affirmé qu'il appartenait au législateur, et à lui seul, d'apprécier la conformité des règles qu'il adopte avec les obligations liant la Belgique par traité. « Les tribunaux n'ont pas le pouvoir de refuser d'appliquer une loi pour le motif qu'elle ne serait pas conforme, prétendument, à ces obligations » (492).

Le mot « prétenduement » souligne que la Cour suprême ne considérait pas qu'il était au pouvoir du législateur de violer les traités ; si le juge s'estimait obligé d'appliquer la loi, c'était uniquement parce que, selon lui, la compétence de juger de sa conformité avec les traités appartenait exclusivement au législateur lui-même.

La doctrine se ralliait généralement à ce point de vue. Ainsi, pour M.J. Masquelin, la loi contraire à un traité serait antijuridique ; néanmoins, cette antijuridicité ne serait pas sanctionnée étant donné qu'il n'existerait aucun organe ayant le pouvoir de permettre de désobéir à la loi (493). De même, dans l'avis qu'ils donnèrent au gouvernement, quatre

(488) Cf. Cass., 20 mai 1916, *Pasicrisie belge*, 1915-1916, I, p. 375.

(489) Cf. conclusions de M. le Procureur général Hayoit de Termicourt avant Cass., 27 novembre 1950, *Pasicrisie belge*, 1951, I, p. 182.

(490) *Pasicrisie belge*, 1925, I, p. 101.

(491) Voyez Waelbroeck, *Le juge belge devant le droit international*, *Revue belge de droit int.*, 1965, p. 348, 357 à 362, et les références citées

(492) *Pasicrisie belge*, 1926, I, p. 76.

(493) *L'action réciproque des traités et des lois*, précité, p. 133, 150 ; voyez aussi *Répertoire pratique du droit belge*, cité, *Traités internationaux*, p. 766.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

éminents publicistes, MM. les professeurs G. Dor, W.J. Ganshof van der Meersch, P. de Visscher et A. Mast, estimèrent peu souhaitable d'insérer dans la Constitution une disposition expresse prévoyant ce pouvoir de contrôle. Celui-ci, estimèrent-ils, « permet au juge d'opposer sa volonté à celle des organes de la représentation nationale. Ce système, qui va à l'encontre de nos traditions les plus fermement établies, encourt les critiques adressées à juste titre par la doctrine au contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois » (494).

Le professeur Henri Rolin devait, en 1953, critiquer le « caractère exceptionnellement rétrograde des conceptions prévalant dans notre pays, quant aux rapports entre le droit interne et le droit des gens » (495). C'était toutefois dans : une revision constitutionnelle, et non dans une évolution de la jurisprudence, que cet auteur voyait la possibilité d'une amélioration de l'état du droit :

> « Nous laisserons-nous plus longtemps devancer dans la voie de l'intégration de notre organisation juridique nationale dans un système universel conformément aux exigences de l'état actuel de développement du droit des gens ?
>
> Cela dépendra de notre préconstituante » (496).

II. L'ÉVOLUTION DES IDÉES APRÈS L'ENTRÉE EN VIGUEUR DES TRAITES DE ROME

7. Le caractère peu satisfaisant de la solution traditionnelle n'allait pas tarder à apparaître après l'entrée en vigueur des principaux traités européens, notamment de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du traité de Paris instituant la C.E.C.A. et, surtout, des traités de Rome instituant la C.E.E. et l'Euratom. D'une part, la multiplication des règles de source internationale visant l'ordre interne allait provoquer une augmentation des risques de conflits, ceux-ci n'étant d'ailleurs pas toujours volontaires mais résultant souvent de la complexité des situations juridiques nouvelles auxquelles le législateur était confronté. D'autre part, le fait que ces traités organisent des systèmes de recours pouvant être déclenchés non seulement par les autres États contractants mais aussi par des organes spécialement insti-

(494) Avis donné au gouvernement par MM. G. Dor, W.J. Ganshof van der Meersch, P. de Visscher et A. Mast au sujet des dispositions constitutionnelles qu'il y aurait lieu à reviser en vue de permettre l'adhésion de la Belgique à une communauté politique supranationale, *Doc. parl.*, *Chambre*, 1952-1953, n° 696, p. 14 ; cf. aussi P. de Visscher, note sous Cour supérieure de justice, 14 juillet 1954, *Revue crit. de droit int. privé*, 1955, p. 300 ; Rigaux, *Les problèmes de validité soulevés devant les tribunaux nationaux*, précité, p. 211 ; *Institut royal des relations internationales*, *Les conséquences d'ordre interne de la participation de la Belgique aux organisations internationales*, Bruxelles, 1964, p. 174.

(495) Rolin, *La force obligatoire des traités dans la jurisprudence belge*, précité, p. 561.

(496) *Op. cit.*, p. 562.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tués dans ce but, voire même par les particuliers concernés eux-mêmes, allait accroître les chances que la violation par le législateur des engagements liant l'État fasse l'objet d'une constatation juridictionnelle sur le plan régional. Dans ces circonstances, il paraissait particulièrement souhaitable de trouver une solution permettant d'éviter que la responsabilité internationale de l'État soit engagée en reconnaissant au juge national le pouvoir de refuser d'appliquer une loi enfreignant — peut-être involontairement — un engagement international.

La première proposition en ce sens fut faite par feu M. le Procureur général R. Hayoit de Termicourt dans la mercuriale prononcée le 2 septembre 1963 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation (497). Après avoir rappelé que les traités communautaires permettent à la Cour de Justice de constater avec force obligatoire les manquements des États membres aux obligations qu'ils leur imposent, il s'interroge : « les cours et tribunaux n'ont-ils pas le devoir de ne pas exposer, par leurs décisions, l'État à pareille condamnation ? » (498).

Le droit de contrôle préventif ainsi reconnu aux cours et tribunaux connaît néanmoins une limitation sérieuse sur le plan des principes. En effet, selon l'éminent magistrat :

> « Si un texte constitutionnel prescrivait aux tribunaux d'appliquer les lois internes, mêmes dans la mesure où elles contredisent un traité antérieurement approuvé et publié, encore en vigueur, ou si une loi — soit par une disposition générale, soit par une disposition concernant une matière déterminée — énonçait formellement pareille obligation, les tribunaux seraient contraints de se conformer à cette prescription, s'agît-il de traités ayant les caractères spécifiques des traités instituant les Communautés européennes » (499).

La théorie proposée n'était donc pas aussi révolutionnaire qu'il y paraissait de prime abord, puisqu'elle ne portait pas atteinte dans son principe à la toute-puissance du législateur. Elle n'en présentait pas moins une très grande importance. On peut en effet se demander si l'hypothèse d'une injonction expresse du législateur aux tribunaux d'appliquer une loi contraire à un traité n'est pas purement théorique. La plupart des cas de conflit entre une loi et un traité résultent soit d'inadvertances, soit d'appréciations erronées de la portée des obligations imposées par ce dernier. Il n'existe pas, à notre connaissance, de cas où le législateur ait ordonné au juge d'appliquer la loi même dans la mesure où elle contredirait un traité.

(497) *Le conflit traité-loi interne*, précité.
(498) *Op. cit.*, p. 486.
(499) *Ibid.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La thèse de M. Hayoit de Termicourt représentait ainsi un compromis ingénieux entre les nécessités pratiques du développement du droit international et européen et le respect des conceptions traditionnelles quant au rôle du juge. Pour notre part, elle nous avait paru constituer le maximum de ce qui était possible dans le cadre des structures constitutionnelles existantes (500).

8. Cinq ans plus tard, M. le Procureur général W.J. Ganshof van der Meersch devait revenir sur la question. Dans une mercuriale intitulée « Réflexions sur le droit international et la revision de la Constitution » (501) il reprit, en les développant, les arguments utilisés par son prédécesseur.

Il ne s'en tint cependant pas là, mais procéda à une profonde remise en question des conceptions généralement admises quant au rôle du juge face au droit international. Examinant d'abord la portée et les effets de l'assentiment des Chambres aux traités prévu par l'article 68, alinéa 2, de la Constitution, il rejeta l'interprétation traditionnelle selon laquelle l'assentiment serait une simple condition d'efficacité interne. Se ralliant à l'opinion défendue notamment par le professeur F. Dehousse (502), il estima que « la ratification, conformément aux dispositions du traité, mais sans assentiment, n'est pas valable ; elle ne lie pas la Belgique ; l'assentiment est une véritable habilitation ; il est une condition de validité internationale du traité » (503).

Il s'ensuit que l'assentiment, qui pourrait être donné par une simple résolution des Chambres (504), n'a pas un contenu normatif :

> « L'acte d'assentiment, que celui-ci soit donné dans la forme d'une résolution des Chambres ou par les organes mêmes qui font la loi, n'est pas une loi au point de vue matériel, puisqu'il ne contient pas de norme juridique » (505).
>
> « *C'est le traité lui-même qui est le siège des normes juridiques et non point l'acte d'assentiment* » (506).
>
> « L'assentiment est un acte de haute tutelle des Chambres législatives. C'est l'assentiment donné au Roi, qui doit lui permettre de lier définitivement la Belgique par la ratification » (507).
>
> « L'assentiment n'est pas un acte de législation » (508).

(500) Cf. *Traités internationaux et juridictions interne dans les pays du Marché commun*, cité, nº 244.
(501) Cité.
(502) *La ratification des traités*, cité.
(503) *Op. cit.*, p. 489.
(504) *Op. cit.*, p. 487.
(505) *Op. cit.*, p. 488.
(506) *Op. cit.*, p. 487.
(507) *Op. cit.*, p. 489.
(508) *Op. cit.*, p. 489.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

En permettant la conclusion régulière du traité en droit international, l'assentiment permet par la même occasion à celui-ci de sortir ses effets en droit interne ; en effet : « La force obligatoire du traite en droit interne est liée à son entrée en vigueur en droit international » (509). La force obligatoire interne n'est pas rattachée à l'assentiment, mais à l'entrée en vigueur internationale qui, elle, dépend de l'assentiment.

Cette construction originale, on le voit, s'inspire d'une conception résolument moniste des rapports entre droit international et droit interne. Certains passages, il est vrai, pourraient à première vue faire croire le contraire. Ainsi trouve-t-on une assimilation de l'assentiment à un ordre d'exécution du traité (510). Mais l'insistance avec laquelle, dans l'ensemble de l'exposé, tout caractère normatif est dénié à cet acte montre clairement que l'expression « ordre d'exécution » n'est pas utilisée ici dans le sens d'un acte de caractère normatif, comme le fait la doctrine dualiste (511). L'unité du droit international et du droit national est d'ailleurs affirmée avec force :

> « L'ordre juridique international et l'ordre juridique de l'État ne sont pas séparés, mais doivent être considérés comme des sphères de l'ordre juridique général. Ce sont des aspects subjectifs d'un ordre juridique unique. Le droit ne peut être qu'un, à peine de ne pas être » (512).

Abordant ensuite le problème du conflit entre un traité et une loi postérieure, M. Ganshof van der Meersch le tranche résolument en faveur de la règle internationale, sans reprendre à son compte la réserve formulée par M. Hayoit de Termicourt, et à laquelle nous avions cru devoir nous rallier :

> « Les États ont le devoir de veiller à ce qu'une norme de droit interne incompatible avec une norme de droit international conventionnel qui répond aux engagements qu'ils ont pris, ne puisse pas être valablement opposée à celle-ci. Cette obligation doit avoir pour corollaire la supériorité de la norme conventionnelle sur la norme interne, comme l'implique la conception moniste.
>
> Est-il admissible qu'au nom d'une conception des rapports entre les pouvoirs, née aux premiers temps de la vie internationale, l'on maintienne une doctrine dépassée qui ne permet pas de veiller à ce que l'État remplisse ses obligations ? N'en est-il pas d'autant plus ainsi que, malgré l'indépen-

(509) *Op. cit.*, p. 489.

(510) *Op. cit.*, p. 489.

(511) Anzilotti, *Cours de droit international* (traduit par Gidel), I, Paris, 1929, p. 406 et suiv. ; Miele, *La costituzione italiana e il diritto internationale*, Milan, 1951, p. 16 ; Socini, *L'adeguamento degli ordinamenti statali all'ordinamento internazionale*, Milan, 1954, p. 93 ; Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*[7], Padoue, 1967, p. 88 ; Fabozzi, *L'attuazione dei trattati internazionali mediante ordine di esecuzione*, Milan, 1961, p. 36 ; La Pergola, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milan, 1961, p. 124 et suiv.

(512) *Op. cit.*, p. 494.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

> dance statutaire du juge, “ les décisions judiciaires dont l'effet est contraire au droit international ne délient pas les États de leur responsabilité vis-à-vis de l'extérieur ? ” » (513).

C'est dans « la nature même de la règle de droit international » que le juge doit trouver la justification de sa primauté. L'introduction, dans la Constitution, d'une disposition expresse affirmant cette primauté n'est donc pas indispensable pour que le juge doive refuser d'appliquer une loi contraire à un traité (514).

Pourtant, dans la conception de M. Ganshof van der Meersch, le juge belge demeure un organe de la souveraineté nationale. Lorsqu'il se trouve devoir appliquer les dispositions d'un traité international, il n'est pas entièrement libéré des impératifs qui résultent de sa situation de juge national ; il ne les applique pas nécessairement de la même manière que ne le ferait un juge international. En effet :

> « Le droit international ne fait pas table rase de la Constitution des États ; il en tient compte, notamment en matière de validité de traités. La Constitution continue à s'imposer au juge, qui tient d'elle ses pouvoirs, et à régir ses devoirs vis-à-vis de l'État. Une revision constitutionnelle, postérieure à l'entrée en vigueur d'un traité, pourrait d'ailleurs modifier le système étatique et les rapports juridiques entre les organes de droit public de l'État » (515).

C'est donc uniquement dans la mesure où le système constitutionnel dont il relève reconnaît expressément ou tacitement ou, à tout le moins, n'est pas incompatible avec la primauté du droit international ; que le juge belge pourra exercer son contrôle. En outre, selon l'éminent magistrat, le contrôle ne pourra pas s'exercer sur la conformité de la loi aux principes du droit international commun. « Leur imprécision entraîne nécessairement de sérieuses difficultés dans la confrontation avec la loi ; ils n'offrent pas une rigueur suffisante pour éviter l'insécurité » (516).

Quoique l'importance pratique de ces deux atténuations au principe de la primauté du droit international soit limitée, elles n'en compromettent pas moins quelque peu l'intégrité de la doctrine moniste professée par leur auteur. En effet, elles aboutissent nécessairement à admettre qu'il peut exister, contrairement au postulat de cette doctrine, des normes valables et obligatoires dans l'ordre juridique international sans l'être dans l'ordre juridique interne.

Quoi qu'il en soit de cette question, on doit souligner que la mercuriale de M. Ganshof van der Meersch représente une étape de la plus grande importance dans l'évolution de la question. Par la remise en question

(513) *Op. cit.*, p. 494.
(514) *Op. cit.*, p. 495.
(515) *Op. cit.*, p. 496.
(516) *Op. cit.*, p. 496.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

des idées traditionnelles quant à la portée et les effets de l'assentiment des Chambres, elle a posé la base théorique indispensable à une revision en profondeur du rôle du juge belge face au droit international et au droit communautaire. En outre, elle a exercé une influence déterminante sur l'arrêt rendu — sur conclusions conformes du Procureur général lui-même — par la Cour de cassation le 27 mai 1971.

III. L'ARRÊT « LE SKI » SITUÉ PAR RAPPORT À L'ÉVOLUTION DES IDÉES

9. Ayant décrit l'évolution des idées survenue depuis l'entrée en vigueur des traités de Rome, il convient maintenant de situer par rapport à celle-ci les arrêts successivement rendus par la Cour d'appel de Bruxelles le 4 mars 1970 et par la Cour de cassation le 27 mai 1971 dans l'affaire « Le Ski ».

Rappelons tout d'abord les faits.

Un arrêté royal du 3 novembre 1958, pris en exécution des lois des 30 juin 1931 et 30 juillet 1934 relatives aux contingents et licences, avait établi un droit spécial, perçu à l'occasion de la délivrance des licences d'importation de certains produits laitiers. Par la suite, le montant de ce droit spécial avait été modifié à plusieurs reprises, sans toutefois que le principe de la perception ni la procédure ne fussent mis en cause. Il ne fut supprimé qu'à la suite d'un arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 13 novembre 1964, constatant sur recours de la Commission qu'en mettant en vigueur le droit spécial, la Belgique avait manqué aux obligations découlant pour elle de l'article 12 du traité. La suppression toutefois n'était pas destinée à avoir effet rétroactif.

Quelque temps plus tard, un importateur, la s.p.r.l. Établissements Detry (aux droits de laquelle se substitua par la suite la société anonyme Fromagerie Franco-suisse Le Ski), réclama le remboursement des droits payés par elle de 1958 à 1964. Elle fondait son action d'une part sur le fait que les arrêtés qui avaient établi le droit spécial n'avaient jamais été ratifiés par les Chambres, alors que pareille ratification était exigée par la législation de 1931-1934 sur la base de laquelle ils avaient été pris, d'autre part sur ce que l'institution de ce droit contrevenait à l'article 12 du traité de Rome, disposition directement applicable selon la jurisprudence de la Cour de Justice.

Le Tribunal de première instance de Bruxelles rejeta l'action par un jugement passablement confus et même contradictoire (517). Alors que l'affaire était soumise à la Cour d'appel, le gouvernement soumit aux

(517) Trib. civ. Bruxelles, 6 février 1967, *Droit des affaires du Marché commun*, *Jurisprudence (Belgique)*, C.E.E., article 12, B-3. Voyez au sujet de ce jugement Plouvier, *op. cit.*, p. 178 et suiv.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Chambres un projet de loi tendant à la confirmation des arrêtés qui avaient établi les droits spéciaux, et qui avaient tous été abrogés depuis. Le 19 mars 1968, une loi fut votée dont l'article unique ratifiait les arrêtés en cause et disposait pour le surplus : « Les sommes versées en application de ces arrêtés sont définitivement acquises. Leur paiement est irrévocable et ne peut donner lieu à contestation devant quelque autorité que ce soit ». La ratification sortait ses effets rétroactivement, c'est-à-dire « à compter du jour de l'entrée en vigueur de ces arrêtés ». Dès lors, l'affaire se posait à la Cour d'appel sous un jour nouveau : d'une part, le moyen pris de la non-ratification des arrêtés par les Chambres ne pouvait plus être maintenu ; d'autre part, celui pris de la violation du traité de Rome posait le problème délicat et controversé du conflit entre un traité et une loi postérieure.

La Cour d'appel mit à néant par arrêt du 4 mars 1970 le jugement du tribunal de première instance (518). Après avoir relevé que la loi du 19 mars 1968 était incompatible avec l'article 12 du traité C.E.E., disposition déclarée directement applicable par la Cour de Justice des Communautés européennes dans son arrêt *Van Gend en Loos* du 5 février 1963 (519), elle affirma la nécessité pour elle de faire prévaloir le traité, le législateur de 1968 n'ayant pas exprimé la volonté d'imposer les dispositions qu'il adoptait « en dépit des dispositions contraires, directement applicables du traité de Rome ». Pour aboutir à cette conclusion, la Cour analysa les travaux préparatoires et en conclut que cette analyse

> « ne conduit point à la certitude que le Parlement a voulu ou cru voter une telle injonction ; qu'ainsi, l'avis du Conseil d'État joint à l'exposé des motifs et soumis comme lui aux parlementaires, énonce que, selon les explications données audit Conseil d'État, l'objet de la disposition n'était pas d'exclure toute contestation qui serait fondée sur une autre cause que l'irrégularité provenant de la non-ratification des arrêtés royaux dans les délais qu'avaient prévus les lois en exécution desquelles ils furent pris ; que la Commission des affaires économiques du Sénat entendit un exposé du Ministre des affaires économiques qu'elle résume en ces termes dans son rapport : ...la thèse du Ministre revient à constater que la Belgique a rempli ses obligations à l'égard de la C.E.E. en abrogeant en 1964 les arrêtés incriminés ; que semblable thèse ne pouvait impliquer dans l'esprit de la Commission que le projet de loi enfreignait le traité de Rome ; que l'un des membres de la Commission souligna cependant que les arrêtés étaient illégaux parce que contraires au traité de la C.E.E., mais qu'au vote, acquis à l'unanimité, la Commission passa outre à cet avis en vue, d'une part, d'éviter à l'État des remboursements élevés, d'autre part en raison de la possibilité pour la Commission de la C.E.E. et des autres États membres " de déterminer leur attitude en la matière " ; que ce vote ne trahit pas indubitablement la

(518) *Journal des tribunaux*, 1970, p. 413.
(519) Aff. 26-62, *Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice*, IX, p. 3.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

> volonté d'enjoindre aux tribunaux d'appliquer la loi interne contre le traité ; que rien n'autorise à penser que cette volonté fut celle du Parlement ; qu'elle n'est pas traduite dans le texte de la loi... ».

La Cour admit donc l'existence d'une contradiction entre la loi et le traité. Si elle appliqua ce dernier, c'est parce que la « détermination de contraindre à l'application de la loi contrevenant aux engagements du traité » ne résultait d'une manière suffisamment certaine ni du texte de celle-ci ni des travaux préparatoires. Or, s'il est vrai que les travaux préparatoires ne montraient pas que le législateur avait « indubitablement (eu) la volonté d'enjoindre aux tribunaux d'appliquer la loi contre le traité », il n'en est pas moins vrai que la loi avait été votée en pleine conscience des doutes très sérieux que soulevait sa compatibilité avec le traité de Rome, et que son objet était d'interdire toute restitution des droits payés, restitution que la Cour estimait au contraire découler obligatoirement du traité. La Cour ne s'est donc pas contentée de concilier la loi et le traité ; son arrêt constitue une application exemplaire de la théorie de M. le Procureur général Hayoit de Termicourt, dont il met en lumière toutes les virtualités (520).

10. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 27 mai 1971, sur pourvoi de l'État belge, rompt de manière catégorique avec cette conception traditionnelle. Tout en aboutissant au même résultat que la Cour d'appel, il suit une voie fondamentalement différente. Loin de rechercher si le législateur avait entendu contraindre les tribunaux à l'application de la loi, il affirme en termes généraux que « la règle établie par le traité doit prévaloir ; que la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel ».

Dans les conclusions conformes qu'il a prononcées, M. le Procureur général W.J. Ganshof van der Meersch avait examiné la question de manière approfondie. C'est sans aucune hésitation qu'il refuse d'admettre que la loi puisse ordonner au juge de l'appliquer nonobstant sa contrariété à un traité antérieur :

> « l'argument constitue une inadmissible pétition de principe, en partant de l'idée que l'autorité nationale, soumise à la prééminence de la règle communautaire, pourrait néanmoins, quand elle a clairement exprimé sa volonté, se soustraire à cette prééminence qui s'impose à elle ; il va à l'encontre de toute logique juridique ; le droit ne permet pas de superposer à la priorité de la règle proclamée et démontrée une « surpriorité » de l'opportunisme. Si la règle de droit international directement applicable et la règle

(520) Cf. cependant VERHOEVEN, *Jurisprudence belge relative au droit international*, *Revue belge de droit int.*, 1972, p. 648, selon qui « cette jurisprudence représente certainement le résultat maximal auquel il était possible d'aboutir dans la perspective de solution du conflit traité-loi en droit belge, avant les mercuriales des Procureurs généraux R. Hayoit de Termicourt et W.J. Ganshof van der Meersch ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de droit communautaire priment la règle de droit interne, on ne saurait soutenir que celle-ci peut néanmoins s'imposer à elles lorsque la volonté de son auteur est clairement exprimée à l'égard de règles de droit international et de droit communautaire antérieures. La règle de droit interne ne saurait être à la fois soumise et dominante dans ses rapports avec la règle de droit international et la règle de droit communautaire (521) ».

Le fondement de cette primauté inconditionnelle est affirmé avec sobriété, mais fermeté, par l'arrêt. On y retrouve les idées-force déjà avancées par le Procureur général dans sa mercuriale de 1968 et reprises par lui dans ses conclusions (522) : l'assentiment des Chambres aux traités, même lorsqu'il est donné dans la forme d'une loi, n'est pas une loi au sens matériel ; dès lors, le conflit qui existe entre une norme établie par un traité et une norme établie par une loi n'est pas un conflit entre deux lois, si bien que la règle *lex posterior derogat priori* est sans application.

On notera cependant que c'est uniquement la norme établie par un traité — et non la norme de droit international coutumier — dont la primauté est ainsi proclamée. Faut-il en déduire que l'arrêt réserverait un sort différent à cette dernière, au cas où une norme de droit interné entrerait en conflit avec elle ? Compte tenu de l'opinion exprimée par M. Ganshof van der Meersch en 1968 (523), la question mérite d'être posée. Il ne semble pas que l'arrêt l'ait résolue.

L'arrêt n'aborde pas non plus — il n'avait d'ailleurs pas à le faire — le problème du conflit entre un traité et une disposition constitutionnelle. On se souviendra que, dans sa mercuriale de 1968, le Procureur général avait admis la possibilité pour le constituant d'exclure la reconnaissance de la primauté du droit international et le pouvoir du juge de la proclamer (524). Dans ses conclusions, il ne revient pas en détail sur la question, mais insiste sur le fait que le pouvoir du juge de refuser d'appliquer une loi contraire à un traité n'est pas incompatible avec le système constitutionnel belge, lequel se caractérise par sa souplesse

(521) *Journal des tribunaux*, 1971, p. 467.

(522) *Journal des tribunaux*, 1971, p. 463. Dans un jugement du 24 décembre 1968, le juge de paix d'Anvers avait adopté le même soutènement pour justifier la primauté du traité de Rome sur une loi belge postérieure : « que lorsque le juge national se trouve devant une contradiction entre un traité international et une loi interne postérieure, il ne peut se contenter d'admettre une obligation apparente d'appliquer la règle *lex posterior derogat priori* ; ... qu'il ne se trouve pas en présence de deux lois, mais de deux normes de valeur intrinsèque très différentes, et de différente nature ; qu'un traité, bien qu'équipollent à la loi, et bien qu'ayant donc force obligatoire, n'est pas une loi, dans le domaine interne ; qu'il n'est pas fait par le pouvoir législatif, mais bien par le pouvoir exécutif ; que même la loi approbative ne revêt pas les caractères matériels d'une loi, vu qu'elle ne contient pas de normes juridiques, la norme juridique n'étant établie que dans le traité » (*Cahiers de droit eur.*, 1969, p. 683, note Verhoeven).

(523) Mercuriale citée, p. 496.

(524) *Op. cit.*, p. 495 et suiv. ; voy. aussi *Le droit communautaire et ses rapports avec les droits des États membres*, précité, n° 188.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

et son caractère évolutif (525), ce qui semble impliquer que ce pouvoir pourrait être exclu par la Constitution.

On relèvera enfin que l'arrêt reconnaît la primauté à l'ensemble des traités — sous réserve qu'ils aient des effets directs — et pas uniquement aux traités ayant les caractères spécifiques du traité de Rome. Il affirme que la primauté doit être reconnue « *a fortiori* » aux normes du droit communautaire. Faut-il en déduire que la différence existant entre les traités « classiques » et les traités instituant les Communautés est simplement quantitative, ou faut-il voir, dans l'affirmation que ces derniers traités « ont institué un nouvel ordre juridique au profit duquel les États membres ont limité l'exercice de leurs pouvoirs souverains dans les domaines que ces traités déterminent », la reconnaissance d'une différence de qualité entre le droit international traditionnel et le droit communautaire ? Ici non plus, l'arrêt ne nous paraît pas trancher la question, dont l'importance nous paraît d'ailleurs théorique (526).

IV. IMPLICATIONS DE L'ARRÊT « LE SKI » EN CE QUI CONCERNE LE RÔLE DU JUGE BELGE FACE AU DROIT INTERNATIONAL

11. L'arrêt « Le Ski » marque une étape considérable dans l'évolution du rôle du juge belge face au droit international. Pour la première fois, et avec une netteté parfaite, le devoir du juge de refuser d'appliquer une loi contraire à un traité est proclamé par la Cour suprême. L'affaire dans laquelle cette affirmation a été faite mettait en cause des intérêts importants, sur le plan économique et politique. Sur le plan économique, l'admission de la thèse de la Fromagerie franco-suisse Le Ski devait coûter, selon l'État belge, plus d'un milliard de francs belges à la collectivité. Sur le plan politique, la volonté du législateur de faire appliquer la loi par les tribunaux ne paraissait guère douteuse. S'il est vrai que le législateur n'avait pas explicitement ordonné aux tribunaux d'appliquer la loi au cas même où elle serait contraire au traité — circonstance qui, on l'a vu, a été invoquée par la Cour d'appel pour justifier la préférence donnée en l'espèce au traité — il semble vraisemblable que telle avait bien été son intention. Dans cette conjoncture, il fallait une indépendance et un courage certains pour affirmer la supériorité du traité.

Au moment où l'arrêt fut rendu, une revision de la Constitution était en cours, dont un des objets était l'insertion dans la charte fondamentale d'un article 107 *bis* affirmant le devoir pour les juges de n'appliquer les lois et arrêtés « qu'autant qu'ils sont conformes aux règles du droit

(525) *Journal des tribunaux*, 1971, p. 465.

(526) Voy. à ce sujet : Salmon, *Le conflit entre le traité international et la loi interne*, précité, p. 533 et suiv. ; Pescatore, note citée, p. 582.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

international, et notamment aux traités régulièrement publiés » (527). Les travaux de la commission de revision du Sénat connaissaient de considérables difficultés, dues en majeure partie à la crainte qu'avaient certains parlementaires néerlandophones de voir invoquer des traités — notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales — pour faire échec à l'application de la législation linguistique. La consécration constitutionnelle de la primauté du droit international, considérée à l'origine comme une « question technique », acquérait de ce fait une importance politique certaine.

En tant qu'il reconnaît l'indépendance du juge à l'égard du législateur, l'arrêt a été critiqué par certains au nom de l'inviolabilité de la loi (528). Il a même provoqué des réactions au sein du Parlement. Une proposition de loi a été présentée à la Chambre des représentants le 27 avril 1972 par le député A. Kempinaire en vue d'instaurer une procédure de règlement des conflits entre les dispositions du droit interne et celles du droit international ou du droit communautaire (529). La proposition prévoit que lorsqu'une juridiction est saisie d'un conflit entre une disposition du droit interne, légale ou réglementaire, et une disposition du droit international ou du droit communautaire, cette juridiction « renvoie le conflit, pour décision, devant les Chambres législatives » (530).

12. Il paraît difficile de nier que l'arrêt du 27 mai 1971 consacre une modification profonde dans l'équilibre des pouvoirs, le législatif n'étant plus, comme par le passé, en toutes circonstances, l'ordonnateur suprême de l'ordre interne. Pour notre part, nous sommes fermement convaincus du caractère justifié de cette évolution. Le législateur n'est pas dépourvu de moyens d'action à l'égard des engagements internationaux contractés par l'exécutif ; d'une part, il peut refuser de donner son assentiment à un traité qui ne lui paraît pas bon ; d'autre part, s'il considère qu'un traité valablement conclu doit être dénoncé ou modifié, il peut engager l'exécutif à le dénoncer en respectant les règles du droit international applicables ou à entamer des négociations avec ses contractants en vue d'en obtenir la revision (531). L'expérience montre que ces moyens ne sont nullement dénués d'efficacité.

(527) Cf. à ce sujet : Salmon, *op. cit.*, p. 535 ; Plouvier, *op. cit.*, p. 183 ; voy. aussi le rapport fait au nom de la commission de révision du Sénat par M. F. Dehousse, et la note d'observation de Rolin, *Revue belge de droit int.*, 1971, p. 771 et 777.

(528) Cf. Senelle, *De onschendbaarheid van de wet*, *Rechtskundig Weekblad*, 1971-1972, p. 641.

(529) *Doc. parl.*, *Chambre*, 1971-1972, n° 200-1, 27 avril 1972.

(530) Cf. à ce sujet : Louis, *Le droit belge et l'ordre juridique international*, *Journal des tribunaux*, 1972, p. 437.

(531) Cf. les conclusions de M. Ganshof van der Meersch, *Journal des tribunaux*, 1971, p. 467 et Salmon, *op. cit.*, p. 535.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Aussi longtemps que le traité est en vigueur, il est inadmissible de reconnaître au législateur le droit de mettre fin unilatéralement à son applicabilité interne en votant une loi contraire. Ce serait admettre que le législateur n'est pas tenu, dans l'ordre interne, de respecter les engagements contractés par l'État, et auxquels il a donné son accord par la loi d'assentiment. Ce serait admettre qu'il est légitime pour lui de créer une situation susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'État.

Il est tout aussi inadmissible de conférer aux Chambres le pouvoir de « régler les conflits » entre droit international et droit interne. Pareil pouvoir, par la généralité de son énoncé, comporte nécessairement celui de faire prévaloir le droit interne et d'ordonner que seul celui-ci sera appliqué par les tribunaux, malgré sa contrariété au droit international (532).

Même la conception traditionnelle n'allait pas jusque là. Elle considérait qu'il appartenait au législateur de juger de la conformité des lois qu'il adopte aux engagements internationaux de la Belgique. Si les lois étaient censées jouir d'une présomption absolue de conformité au droit international, le législateur n'en était pas pour autant dégagé du devoir de respecter ce droit. Certes, la thèse énoncée dans la mercuriale de M. Hayoit de Termicourt et reprise par l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 4 mars 1970 admettait l'éventualité qu'une loi prescrive au juge de l'appliquer nonobstant sa contrariété possible avec un traité. Cependant, ainsi que l'a très bien montré l'arrêt de la Cour d'appel, il s'agissait là d'une hypothèse théorique, destinée à sauvegarder le principe de la toute-puissance du législateur ; elle n'a pas empêché en fait la Cour d'appel de passer outre à la volonté législative, celle-ci n'ayant pas exprimé de manière impérative l'ordre de ne pas tenir compte du traité. Tout autre serait l'instauration d'une procédure législative ayant pour objet l'attribution aux Chambres du pouvoir souverain de « régler les conflits » entre droit interne et droit international. Cela équivaudrait à l'affirmation par le législateur de ce qu'il n'est pas tenu, lorsqu'il édicté des règles de droit interne, de respecter les obligations internationales de la Belgique. Il est inutile de souligner la gravité des conséquences qui en découleraient.

S'il faut donc exclure que les Chambres législatives puissent « régler le conflit » entre droit interne et droit international, il faut aussi, nous paraît-il, rejeter la conception traditionnelle selon laquelle elles seraient seules qualifiées pour juger de la conformité des lois qu'elles adoptent aux engagements internationaux de la Belgique.

(532) Pour une critique pertinente de la proposition de loi Kempinaire, voy. Louis, *Le droit belge et l'ordre juridique international*, cité ; voy. aussi la réponse du professeur H. Rolin à l'article du professeur Senelle (*Rechtskundig Weekblad*, 1971-1972, 876).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Sur le plan des principes, cette conception n'est plus défendable dès le moment où existent des juridictions internationales à qui compétence est donnée de se prononcer sur les manquements par les États à leurs obligations. Le caractère fictif et peu satisfaisant de la présomption de conformité de la loi à ces obligations apparaît alors pleinement, de même que la nécessité de permettre au juge national de refuser d'appliquer la loi dont la contrariété avec le droit international a été constatée.

Sur le plan de l'opportunité, même dans les cas où aucune juridiction internationale n'existe ou ne s'est encore prononcée, il paraît préférable de confier à un organe juridictionnel, moins sujet aux pressions du moment, qu'à un organe politique tel que les Chambres législatives, le pouvoir de décider de la conformité du droit interne au droit international. L'argument selon lequel seuls les représentants élus de la Nation et responsables devant elle devraient avoir ce pouvoir paraît difficilement défendable (533). Si on admet que l'ordre interne doit se conformer au droit international, on est inéluctablement conduit à confier au juge, plutôt qu'au législateur, la tâche d'assurer cette conformité.

Comme on le voit, l'arrêt « Le Ski » fait apparaître une évolution remarquable dans la position du juge belge par rapport au législateur. De ce fait, il permet d'assurer de façon plus parfaite la conformité de l'ordre interne au droit international. La loi n'est plus en mesure de faire échec, devant le juge, à l'application d'un traité ayant des effets directs. La situation du juge national se rapproche de celle d'un juge international qui aurait à connaître de la même espèce. La jurisprudence internationale décide en effet de façon unanime qu'un acte législatif interne ne saurait prévaloir sur les dispositions d'un traité : « Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité de l'État au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives » (534).

Il ne paraît cependant pas possible d'affirmer que le juge belge soit entièrement dégagé des contraintes imposées par son droit interne dans l'application faite par lui du droit international. Il n'applique pas dans tous les cas le droit international de la même manière que ne le ferait un juge international. La possibilité pour le constituant de faire échec à la primauté des traités est expressément réservée. S'il devait se confirmer que, conformément à la jurisprudence antérieure, laquelle ne fut pas remise en cause dans la mercuriale de 1968, les cours et tribunaux ne

(533) Tel est le principal argument de M. Senelle dans l'article précité.

(534) Arrêt n° 7 du 25 mai 1926 de la Cour permanente de justice internationale relatif à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, C.P.J.I., *Publications*, Série A, n° 7, p. 19 ; voy. aussi arrêt n° 1 du 17 août 1923, aff. du *Vapeur Wimbledon*, Série A, n° 1, p. 29 ; avis consultatif du 31 juillet 1930, *Question des communautés gréco-bulgares*, Série B, n° 17, p. 32.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

s'estimeraient pas en droit de contrôler la compatibilité du droit interne à la coutume internationale, il faudrait y voir une deuxième cause de divergence possible entre les juridictions internes et les juridictions internationales dans l'application du droit international.

En conclusion d'un ouvrage consacré à l'application des traités internationaux par les juridictions internes, nous affirmions en 1969 que, dans l'état actuel des relations internationales, le dualisme nous paraissait fournir l'explication la plus satisfaisante des rapports existants entre droit international et droit interne. Nous reconnaissions que l'intégration juridique croissante au sein de certaines organisations régionales, tout particulièrement des Communautés européennes, était de nature à entraîner, à plus ou moins long terme, une appréciation différente (535). L'arrêt « Le Ski » nous paraît aller dans cette direction. On ne saurait cependant y voir le signe d'un ralliement inconditionnel de la jurisprudence belge aux conceptions du monisme juridique.

(535) *Op. cit.*, n° 261.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - La primauté du droit international et du droit communautaire sur le droit interne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

5. *La restitution des taxes indûment payées*

Il se peut que, tout en reconnaissant l'applicabilité directe du droit international ou communautaire et sa primauté sur le droit national, le juge national ne soit pas en mesure, pour des raisons de procédure, de permettre à un particulier d'obtenir pleinement satisfaction.

Parmi les obstacles pouvant résulter de cette « autonomie procédurale » a longtemps figuré la règle dite « *Hans Just* », du nom de l'affaire dans laquelle la Cour l'a consacrée pour la première fois. En vertu de cette règle, un État membre peut s'opposer à une action en restitution de taxes ou autres droits perçus en violation du droit communautaire lorsque le demandeur a répercuté sur ses acheteurs la charge qu'il a supportée. Le but de la règle était d'empêcher un enrichissement indu du demandeur.

À l'origine, cette jurisprudence ne m'avait pas paru choquante. Ce n'est que par la suite, à l'occasion de mon implication personnelle en qualité d'avocat dans un certain nombre de demandes de restitution que je me suis aperçu non seulement des conséquences injustes qu'elle pouvait entraîner pour les opérateurs économiques mais aussi des abus auxquels elle pouvait donner lieu de la part d'États membres peu soucieux de respecter leurs obligations communautaires.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - La restitution des taxes indûment payées
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Dans une étude en hommage à Josse Mertens de Wilmars, à l'époque président de la Cour de justice, j'exposai les problèmes que la règle *Hans Just* soulevait.

« La nature juridique du droit au remboursement des montants payés contrairement au droit communautaire »,
Liber Amicorum Josse Mertens de Wilmars,
Anvers, Kluwer, 1982, pp. 430-439.

I. INTRODUCTION

Il est frappant de constater que les problèmes posés par l'exercice d'actions en répétition de sommes payées en violation du droit communautaire n'ont commencé à retenir l'attention des juristes que depuis quelques années. Ainsi, il fallut attendre 1976 pour que soit publiée la première monographie importante consacrée à ce sujet (536). Ces dernières années, la littérature s'est enrichie de plusieurs contributions marquantes, au premier rang desquels il y a lieu de compter le rapport général que l'éminent juriste auquel est dédiée cette contribution a présenté au Congrès international de la Fédération internationale pour le droit européen qui s'est tenu à Londres en septembre 1980 (537). Parallèlement, le nombre d'affaires soumises à la Cour dans lesquelles le problème se posait ne faisait qu'augmenter (538).

La raison de ce retard doit sans doute être recherchée dans le fait que les problèmes auxquels donne lieu l'exercice de l'action en remboursement des taxes contraires au droit communautaire supposent admises l'applicabilité directe et la primauté de la règle communautaire sur la disposition nationale qui impose la taxe. Ces problèmes concernent en effet la délimitation de la compétence à reconnaître au droit national dans la mise en œuvre d'une règle communautaire dont on reconnaît qu'elle est directement applicable et qu'elle jouit d'un rang supérieur.

(536) La restitution de taxes perçues indûment par l'État, Genève 1976 (Études suisses de droit européen).

(537) « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers — Rapport général », dans *Remedies for Breach of Community Law*, Londres 1980.

(538) Après les deux arrêts annonciateurs *Rewe* et *Comet* du 16 décembre 1976 (aff. 33 et 45/76, *Rec.*, 1976, p. 1989 et 2043), une série d'arrêts fut rendue dans la première moitié de 1980 : 27 février 1980, aff. 68/79, *Hans Just*, *Rec.*, 1980, p. 501 ; 5 mars 1980, aff. 265/78, *Ferwerda*, *Rec.*, 1980, p. 617 ; 27 mars 1980, aff. 61/79, *Denkavit Italiana*, *Rec.*, 1980, p. 1205 ; 27 mars 1980, aff. 66, 127 et 128/79, *Salumi*, *Rec.*, 1980, p. 1237 ; 12 juin 1980, aff. 119 et 126/79, *Lippische Hauptgenossenschaft*, *Rec.*, 1980, p. 1863 ; 12 juin 1980, aff. 1306/79, *Express Dairy Foods*, *Rec.*, 1980, p. 1887 ; 10 juillet 1980, aff. 811/79, *Ariete*, *Rec.*, 1980, p. 2545 ; 10 juillet 1980, aff. 826/79, *Mireco*, *Rec.*, 1980, p. 2559.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - La restitution des taxes indûment payées
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Il s'agit donc typiquement de problèmes « de deuxième génération » qui ne se posent qu'une fois fermement établis les principes de bases (539).

Notre propos n'est pas de refaire l'historique de la question, ni de retracer l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice et de rappeler les précisions successives qu'elle a apportées à la réponse à lui donner depuis les arrêts *Rewe* et *Comet* du 16 décembre 1976 (540) jusqu'aux arrêts *Ariete* et *Mireco* du 10 juillet 1980 (541). Nous voudrions, à la lumière de la situation actuelle, examiner de plus près en quoi consiste le contenu irréductible du droit d'un particulier d'obtenir le remboursement d'une somme qu'il a payée à l'État en vertu d'une disposition nationale contraire à une règle communautaire directement applicable. Ceci nous donnera l'occasion d'examiner si le principe posé par l'arrêt *Hans Just* du 27 février 1980 (542), selon lequel la protection des droits garantis par l'ordre juridique communautaire n'exige pas nécessairement d'accorder une restitution intégrale de taxes indûment perçues, mais permet de tenir compte que ces taxes ont pu être incorporées dans les prix de l'entreprise redevable et répercutées sur les acheteurs (543), est compatible avec la reconnaissance du droit que le particulier tire de l'ordre juridique communautaire.

II. DÉLIMITATION DES COMPÉTENCES DU DROIT INTERNE DANS LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Dans une longue série d'arrêts, la Cour de justice a établi le principe que le traité pouvait donner naissance à des droits pour les particuliers non seulement en vertu d'une attribution expresse mais aussi par l'imposition d'obligations aux États membres (544). Trouvant leur source directement dans le droit communautaire, ces droits individuels doivent être sauvegardés par les juridictions nationales à l'encontre de toute disposition contraire de droit interne, de quelque rang que ce soit.

Tout en affirmant ces principes avec force et clarté, la Cour a toujours évité de se prononcer de manière précise sur les conséquences qui en découlent sur le plan interne. Ainsi, dans 1'arrêt *Salgoil* (545), elle a

(539) Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu au célèbre arrêté *Le Ski* de la Cour de cassation de Belgique du 27 mai 1971, il s'agissait d'une action en restitution de droits spéciaux perçus contrairement à l'article 12 du traité. La Cour de cassation s'est exclusivement consacrée à trancher le problème de la primauté du droit communautaire et n'a pas été appelée à se prononcer sur les problèmes spécifiques tenant à la restitution des droits indûment payés (Voy. *Pas.*, I, p. 886).

(540) Cités *supra*.

(541) Cités *supra*.

(542) Cités *supra*.

(543) Voy. *Rec.*, 1980, p. 523.

(544) Voy. en premier lieu C.J. 5 février 1963, aff. 26/62, *Van Gend en Loos*, *Rec.*, IX, p. 1.

(545) C.J. 19 décembre 1968, aff. 13/68, *Rec.*, 1968, p. 661, 675-676.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - La restitution des taxes indûment payées
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

reconnu que c'est au droit interne qu'il appartient d'indiquer les juridictions compétentes pour sauvegarder les intérêts des justiciables affectés par la méconnaissance d'une disposition directement applicable et, à cet effet, de décider comment la position individuelle ainsi protégée doit être qualifiée. De même, dans l'arrêt *Molkerei-Zentrale* (546), elle déclare que le droit communautaire « ne limite... pas le pouvoir des juridictions nationales compétentes d'appliquer, parmi les divers procédés de l'ordre juridique interne, ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les droits individuels conférés par le droit communautaire ». Enfin, dans quatre arrêts du 11 décembre 1973 (547), elle indique que « si l'effet direct de l'interdiction en cause oblige les juridictions nationales à l'appliquer sans que puissent lui être opposées des règles de droit national quelles qu'elles soient, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de déterminer le procédé juridique aboutissant à ce résultat ».

Tout ce que cette jurisprudence permet d'affirmer, c'est que si le *principe* de la protection des droits individuels conférée par le traité s'impose avec force obligatoire aux États membres et doit être sauvegardé par leurs juridictions, les *modalités* de cette protection peuvent être librement déterminées par le droit interne (548). En revanche, ces arrêts n'indiquent pas quel est le contenu du droit dont la protection doit être assurée. Or, la mise en œuvre des mécanismes nationaux par lesquels le droit issu du traité doit « passer » afin de pouvoir se réaliser dans l'ordre interne peut apporter des limitations à l'effectivité de ce droit. Ainsi, les institutions de la prescription, de la déchéance, de l'autorité de la chose jugée, pour n'en nommer que quelques-unes, ont parfois pour effet d'empêcher l'exercice effectif des droits appartenant aux particuliers. Le droit communautaire s'accommode de ces limitations, à la condition qu'elles ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne et qu'elles n'aboutissent pas à rendre en pratique impossible l'exercice des droits conférés par le droit communautaire (549).

Ceci peut donner naissance à des inégalités dans la situation des sujets du droit communautaire (550). Pour regrettables qu'elles soient, ces différences de traitements n'aboutissent pas à remettre en cause dans leur principe même les droits résultant du traité mais concernent unique-

(546) C.J. 3 avril 1968, aff. 28/67, *Rec.*, 1968, p. 211, 228-229.

(547) Aff. 120, 121, 122 et 141/73, *Lorenz*, *Markmann*, *Nordsee* et *Lohrey*, *Rec.*, 1973, p. 471, 1483, 1495, 1508, 1511, 1524, 1527, 1540.

(548) Voy. M. Waelbroeck, Rapport communautaire, in : *La restitution de taxes perçues indûment par l'État*, précité, p. 215, 220.

(549) Arrêts *Rewe* et *Comet*, précités.

(550) Ainsi, G. Bebr signale que les délais de prescription pour introduire une action en remboursement d'impôts illégalement perçus vont de dix années en Italie, six années au Royaume-Uni, cinq années en Belgique et au Danemark, à un mois en Allemagne : « Rapport communautaire » in : *Remedies for breach of Community Law*, p. 10.5.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - La restitution des taxes indûment payées
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ment les conditions dans lesquelles ces droits peuvent être exercés. La Cour n'ayant pas de compétence législative, il en découle nécessairement que, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire continuent à être réglées par l'ordre juridique interne de chaque État membre (551).

III. L'EXIGENCE QUE LA CHARGE DE LA TAXE ILLÉGALE N'AIT PAS ÉTÉ RÉPERCUTÉE SUR L'ACHETEUR

Il peut arriver qu'une taxe ait, pendant une longue période, été acquittée volontairement et sans réserve par les opérateurs économiques intéressés dans la supposition, commune à ces derniers et à l'administration nationale, qu'elle ne soulevait pas de critiques du point de vue de sa compatibilité avec le droit communautaire. Lorsque, plus tard, cette taxe fait l'objet d'une condamnation par la Cour de justice, il pourra s'ensuivre une série d'actions en répétition portant sur des montants totaux considérables.

Une telle situation s'est présentée dans l'affaire *Hans Just*, par laquelle la Cour de justice a reconnu l'incompatibilité avec le traité du système fiscal danois consistant à assurer un avantage fiscal à un seul spiritueux (l'Akvavit), représentatif de la plus grande partie de la production nationale, à l'exclusion de tous autres spiritueux, y compris les spiritueux importés similaires ou concurrents (552). Dans ses observations, le gouvernement danois a fait valoir que l'importateur Hans JUST avait vendu ses produits à des prix normaux, de sorte qu'il s'était couvert du montant des droits contestés, tout en y ajoutant une marge bénéficiaire normale. En réalité, soutenait le gouvernement danois, les droits avaient été payés par les consommateurs, et la société Just avait simplement servi d'instance de recouvrement de la taxe. Elle n'avait donc subi aucun préjudice du fait de la perception des droits litigieux ; au contraire, elle jouirait d'un enrichissement sans cause si l'administration des impôts et accises était tenue de lui rembourser la différence entre le taux de taxation le plus élevé et le taux le moins élevé.

Selon le gouvernement danois, en effet, le critère de l'enrichissement constitue la pierre angulaire des règles du droit danois en matière de restitution de contributions versées par erreur et indûment. Un droit à répétition ne serait ouvert que si l'enrichissement s'est opéré au détriment de celui qui a effectué le versement. Il serait dès lors inéquitable

(551) C.J. 27 mars 1980, aff. 61/79, *Denkavit Italiana*, précité.
(552) C.J. 27 février 1980, cité *supra*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - La restitution des taxes indûment payées
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de permettre à l'importateur d'invoquer l'effet direct du droit communautaire en vue d'obtenir un enrichissement sans cause (553).

Dans son arrêt, la Cour a confirmé la compatibilité avec le droit communautaire de l'exigence que la charge de la taxe illégale n'ait pas été répercutée sur l'acheteur. Tout en réaffirmant qu'en l'absence de réglementation communautaires en matière de restitution de taxes nationales indûment perçues, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre d'établir les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire, elle précise « que la protection des droits garantis en la matière par l'ordre juridique communautaire n'exige pas d'accorder une restitution de taxes indûment perçues dans des conditions qui entraîneraient un enrichissement sans cause des ayants droit. Rien ne s'oppose donc, du point de vue du droit communautaire, à ce que les juridictions nationales tiennent compte, conformément à leur droit national, du fait que des taxes indûment perçues ont pu être incorporées dans les prix de l'entreprise redevable de la taxe et répercutées sur les acheteurs ». Elle ajoute cependant qu'« il serait également conforme aux principes du droit communautaire que les juridictions saisies de demandes de récupération prennent en considération, selon leur droit national, le préjudice qu'un importateur peut avoir subi du fait que des mesures fiscales discriminatoires ou protectrices ont eu pour effet de restreindre le volume des importations en provenance d'autres États membres » (554).

Cette prise de position a été confirmée par les arrêts *Denkavit Italiana*, *Express Dairy Foods*, *Ariete* et *Mireco* (555).

À première vue, l'exigence ainsi posée est justifiée. Il peut en effet paraître choquant de permettre à un contribuable qui, pendant de nombreuses années, a acquitté une taxe sans formuler de réserve, convaincu qu'il était de sa légalité, et qui en a dès lors tenu compte dans la détermination de ses prix de vente, d'en réclamer le remboursement lorsque, longtemps après, l'incompatibilité de la taxe avec le droit communautaire devient apparente.

À y regarder de plus près, cependant, cette thèse se heurte à des objections importantes.

(553) *Rec.*, 1980, p. 512.
(554) *Rec.*, 1980, p. 523.
(555) Cités *supra*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - La restitution des taxes indûment payées
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

1. Atteinte au contenu du droit découlant du traité

En quoi consiste le droit auquel donne naissance pour les particuliers l'interdiction imposée par le traité aux États membres de percevoir une taxe déterminée ? À notre avis, il ne peut s'agir que du droit d'effectuer l'opération sur laquelle porte la taxe sans devoir payer celle-ci. Au cas où la taxe a été payée dans le passé, il en découle logiquement le droit d'exiger le remboursement intégral du montant payé.

Cette solution est admise comme étant la conséquence logique de l'effet direct du traité. Ainsi, dans ses conclusions dans l'affaire *Cucchi* (556), l'Avocat Général Reischl s'exprime comme suit : « Si des particuliers invoquent cette disposition (l'article 95) après son entrée en vigueur, il en résulte certainement que l'imposition de taxes qui violent l'article 95 doit être considérée comme illicite. De plus, lorsque les taxes ont déjà été payées, l'effet direct de cette disposition impose leur remboursement du point de vue du droit communautaire ». Plus récemment, dans ses conclusions dans l'affaire *Denkavit Italiana*, l'éminent magistrat réaffirmait sa position, en déclarant : « il résulte de l'esprit et de la finalité de l'effet direct que les droits acquittés en application de règles nationales contraires au droit communautaire doivent normalement être remboursés » (557). Dans l'arrêt *Hans Just*, la Cour, elle aussi, commence par affirmer « qu'il incombe aux États membres d'assurer le remboursement de taxes perçues en violation de l'article 95... » (558).

L'exigence de la non-récupération sur l'acheteur aboutit en fait à transformer ce droit — dont le contenu, répétons-le, est protégé par le droit communautaire — en un simple droit d'obtenir la restitution de la partie du montant payé que l'on n'a pas transférée à l'acheteur. Il ne s'agit donc pas d'une simple condition d'exercice de l'action en restitution, mais d'une véritable règle limitative qui aboutit à réduire la substance même du droit conféré par le traité.

2. Atteinte à l'efficacité de la sanction de la règle communautaire directement applicable

En permettant aux États membres de retenir par-devers eux les taxes illégalement perçues dont les redevables ne sont pas en mesure d'établir qu'ils ne les ont pas récupérées à charge de leurs acheteurs, l'exigence que nous critiquons aboutit à priver la règle communautaire directement applicable d'une de ses sanctions les plus efficaces. Il est en effet généralement admis, depuis l'arrêt *Van Gend en Loos*, que « la vigilance

(556) C.J. 25 mai 1977, aff. 77/76, *Rec.*, 1977, p. 987, 1021.
(557) *Rec.*, 1980, p. 1232.
(558) *Rec.*, 1980, p. 523.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - La restitution des taxes indûment payées
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles 169 et 170 confient à la diligence de la Commission et des États membres » (559). En raison des lenteurs inhérentes à la procédure en constatation de manquement, il serait à craindre que les État membres ne maintiennent délibérément en vigueur des dispositions manifestement contraires au droit communautaire, s'ils n'avaient à compter sur la possibilité que les particuliers lésés ne revendiquent leurs droits devant les juridictions nationales en se fondant sur l'effet direct des dispositions communautaires violées.

En affirmant, dans l'arrêt *Hans Just*, que rien ne s'oppose à ce que les juridictions nationales tiennent compte du fait que les taxes indûment perçues ont été répercutées sur les acheteurs, la Cour n'a fait aucune distinction selon que la taxe en question avait été perçue de bonne foi ou non par l'État. On pourrait donc craindre qu'un État dont la législation consacrerait l'exigence de la non-répercussion maintienne délibérément en vigueur des taxes dont l'incompatibilité avec le droit communautaire ne fait aucun doute, dans la conscience que, le jour venu, il n'aura à rembourser à ses opérateurs économiques que la partie de la taxe dont ceux-ci pourront établir qu'ils ne l'ont pas transférée à leur client. Cette probabilité est d'autant plus grande que la plupart des États membres appliquent en matière fiscale le principe « solve et repete », de telle sorte que, même lorsque l'illégalité de la taxe est apparente, les redevables ne sont pas en mesure de se soustraire à son application. Les États membres seraient ainsi en mesure de conserver la majeure partie du profit qu'ils tirent de l'imposition de taxes contraires au traité (560).

3. Difficulté de la preuve de la non-récupération

Dans une économie de marché, les prix des biens et des services offerts par les opérateurs économiques sont le résultat du jeu de la loi de l'offre et de la demande. Ces prix ne correspondent pas à la somme des différents éléments du prix de revient et des taxes applicables, auxquels l'on ajouterait une marge bénéficiaire prédéterminée et uniforme. Il est dès lors impossible de dire si, au cas où une taxe donnée n'avait pas été imposée, le prix aurait été différent.

Dans ces conditions, comment le redevable fera-t-il la preuve qu'il n'a pas répercuté le montant de la taxe sur ses acheteurs ? Faudra-t-il qu'il montre que l'application de la taxe réduit à néant sa marge bénéficiaire, voire l'oblige à vendre à perte ? Devra-t-il prouver que, du fait de la taxe, sa marge bénéficiaire est moindre que la marge « normale » et, dans ce cas,

(559) C.J. 5 février 1963, aff. 26/62, *Van Gend en Loos*, *Rec.*, IX, p. 1, 25.

(560) Hubeau, F., « De problematiek van onverschuldigde bedragen in het Gemeenschapsrecht », *S.E.W.*, 1980, p. 601, 615-616.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - La restitution des taxes indûment payées
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

comment établira-t-on cette marge « normale ? » Devra-t-il faire la preuve que les marchandises se seraient vendues au même prix en l'absence de la taxe ? Ou, au contraire, incombera-t-il à l'Administration d'établir qu'elles se seraient vendues moins cher ? Selon la réponse donnée à ces questions, la preuve de la non-récupération pourra être rendue pratiquement impossible ou, au contraire, relativement aisée pour l'importateur. Mais, quelle que soit la réponse donnée, il est clair que la notion même de récupération est sujette à caution dans un régime de libre formation des prix et de libre concurrence. À cet égard, il n'est pas sans intérêt de relever, comme l'a fait Francis HUBEAU, que la règle de droit danois qui était en cause en l'affaire *Hans Just* trouve son origine dans un arrêt isolé du Højesteret, rendu dans des circonstances exceptionnelles (561). Peu de temps après la fin de la deuxième guerre mondiale, les prix maxima du pain avaient été augmentés, en vue de compenser l'incidence d'une taxe nouvelle prélevée sur les céréales. Plus tard, cette taxe avait été déclarée partiellement illégale. Dans ces circonstances tout à fait particulières, le Højesteret a estimé qu'il serait inéquitable d'ordonner le remboursement de la taxe, puisque son incidence avait été prise en considération dans la fixation du prix maximum autorisé du pain. Dans d'autres affaires, qui concernaient des produits dont le prix était déterminé par la loi de l'offre et de la demande, les tribunaux danois ont estimé que la taxe n'avait pas été répercutée (562).

4. Contrariété avec le principe de non-discrimination

L'exigence de la non-récupération ne pose pas seulement les parties et les juges devant des difficultés de preuve quasiment insurmontables ; elle est, dans son principe même, contraire au principe de la non-discrimination. En effet, ce principe implique la suppression de tous droits et taxes à caractère protectionniste, soit qu'ils frappent exclusivement les produits importés, soit qu'ils frappent ces produits plus lourdement que les produits nationaux similaires.

Si un État impose une taxe à caractère protectionniste, c'est généralement dans le but de contraindre l'importateur à vendre ses produits plus cher qu'il ne l'aurait fait normalement, et de permettre ainsi aux producteurs nationaux, soit de relever leurs propres prix, soit d'accroître leur part de marché en offrant leurs produits à des prix inférieurs à ceux des produits importés. Il est clair que si les producteurs nationaux adoptent la première attitude, il serait discriminatoire de prétexter de ce que les importateurs ont répercuté la taxe sur leurs acheteurs pour les priver du droit d'en obtenir le remboursement, alors que l'on permet aux producteurs nationaux de conserver les bénéfices plus élevés qu'ils ont pu réaliser grâce à la protec-

(561) Voy. HUBEAU, F., article cité, p. 604-605.
(562) Voy. HUBEAU, F., article cité, p. 605.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - La restitution des taxes indûment payées
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tion que leur conférait la taxe. Mais, même si les producteurs nationaux optent pour la seconde solution, maintenant leurs prix aux mêmes niveaux, alors que les importateurs augmentent les leurs pour tenir compte de la charge de la taxe, il n'en serait pas moins contraire aux objectifs du traité de priver les importateurs du droit d'obtenir le remboursement de ce qu'ils ont payé. En effet, si les producteurs nationaux choisissent de maintenir leurs prix et d'accroître leurs ventes, c'est qu'ils escomptent ainsi réaliser un bénéfice plus grand que celui qu'ils pourraient obtenir en augmentant leurs prix sans augmenter leurs ventes. Dès lors, priver les importateurs du droit d'obtenir remboursement équivaut à les mettre dans une situation plus défavorable que les producteurs nationaux (563).

Enfin, il faut tenir compte de ce que, lorsqu'un État impose une taxe à caractère protectionniste, il le fait *dans le but* de renchérir les marchandises importées. Dès lors, l'État est mal venu de tirer prétexte de ce que les importateurs ont fait précisément ce qu'il attendait d'eux pour leur dénier le droit au remboursement de la taxe illégale.

CONCLUSIONS

Tout en admettant qu'il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer le remboursement des droits perçus en vertu de dispositions nationales contraires au droit communautaire, nous sommes d'avis que le droit auquel les justiciables peuvent prétendre en pareil cas porte nécessairement sur la restitution du montant intégral de la taxe payée. L'exigence que le redevable n'ait pas répercuté cette taxe sur ses acheteurs comporte une atteinte au principe même du droit protégé par le traité, de même qu'à l'efficacité de la sanction communautaire des règles directement applicables. Outre les difficultés quasiment insurmontables de preuve auxquelles se heurte son application pratique, une telle exigence contrevient au principe de la libre circulation des marchandises, dans la mesure où elle aboutit à consacrer une discrimination entre producteurs nationaux et importateurs, les premiers ayant bénéficié de la protection de la taxe sans qu'il soit exigé d'eux qu'ils en fassent profiter leurs acheteurs.

* * *

(563) Il est vrai que, dans l'arrêt *Hans Just*, la Cour a reconnu qu'il serait conforme aux principes du droit communautaire que les juridictions nationales prennent en considération le préjudice qu'un importateur peut avoir subi du fait que des mesures fiscales discriminatoires ou protectrices ont eu pour effet de restreindre le volume de ses ventes. Toutefois, il ne s'agit que d'une faculté, et non d'une obligation. Aux termes de l'arrêt, un État pourrait donc imposer l'exigence de non-récupération sans prévoir la possibilité d'obtenir réparation du chef du manque à gagner résultant de la réduction du volume des importations.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - La restitution des taxes indûment payées
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La Cour allait être amenée à reconsidérer sa jurisprudence *Hans Just* dans l'affaire *San Giorgio*. Sensible aux possibilités d'abus que l'exigence d'absence d'enrichissement comporte et aux difficultés pratiquement insurmontables auxquelles elle expose les opérateurs économiques, elle la nuança fortement.

J'applaudis cette inflexion de la jurisprudence dans une note aux *Cahiers de droit européen* .

« Observations – La garantie du respect du droit communautaire par les Etats membres. Les actions au niveau national »,
Cahiers de droit européen,
1985, nos 1-2, pp. 37-48 (564).

1. L'arrêt annoté concerne le difficile problème de la conciliation des principes d'effet direct et de primauté du droit communautaire avec l'autonomie procédurale des États membres (565).

S'il est certain que les États membres sont tenus de donner effet au droit communautaire, il n'en reste pas moins que « chaque État membre est libre de répartir comme il le juge opportun les compétences sur le plan interne » (566). Dans certains cas, cette liberté sera de nature à influer sur l'étendue de la protection dont bénéficient les droits garantis par le traité. Dans une série d'arrêts, la Cour s'est efforcée d'opérer une conciliation entre ce qui ressortit au droit communautaire et ce qui relève de la compétence nationale. Le présent arrêt témoigne d'une évolution importante — et qui mérite à notre avis d'être approuvée — en faveur d'un renforcement de la protection assurée au droit communautaire.

2. Il résulte d'une jurisprudence constante qu'une disposition directement applicable de droit communautaire engendre des droits individuels que les juridictions nationales doivent protéger. Cette obligation de protection implique le devoir de laisser inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire (567).

(564) Texte remanié et amplifié d'une conférence faite le 18-2-1984 à l'occasion de la journée d'études conjointe de l'Association belge pour le droit européen et de l'Association française des juristes européens.

(565) Sur cette conciliation, voy. J.-V. Louis, in : J. Megret, M. Waelbroeck, J.-V. Louis, D. Vignes et J.-L. Dewost, *Le droit de la Communauté économique européenne*, volume X, tome 1, Bruxelles, 1983, p. 555-564.

(566) C.J., 25-5-1982, aff. 97/81, *Commission c. Pays-Bas*, *Fec.*, 1982, p. 1819, 1833.

(567) C.J., 9-3-1978, aff. 106/77, *Simmenthal*, *Rec.*, 1978, p. 629, 644.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - La restitution des taxes indûment payées
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Lorsque la violation d'une règle communautaire directement applicable a été constatée par un arrêt de la Cour de justice, cet arrêt implique pour les autorités nationales compétentes prohibition de plein droit d'appliquer une prescription nationale reconnue incompatible avec le traité (568). L'État concerné est tenu de prendre toutes les mesures propres à éliminer le manquement, sans qu'il puisse opposer aucun obstacle de quelque nature qu'il soit (569). Toutefois, les droits individuels ne naissent pas de l'arrêt constatant le manquement ; ils lui sont antérieurs puisqu'ils découlent de la notion même d'effet direct (570).

Le droit qui découle pour les particuliers de l'effet direct du droit communautaire est celui de ne pas se voir appliquer une mesure nationale éventuellement contraire. Ce droit est la conséquence de l'obligation imposée aux juridictions nationales de laisser inappliquées toutes dispositions contraires de la loi nationale. Il en résulte que, si un particulier se voit obligé par son État d'acquitter une taxe incompatible avec le traité, il doit pouvoir en obtenir le remboursement. Comme le disait l'Avocat général Reischl, il résulte en effet de l'esprit et de la finalité de l'effet direct qu'un droit acquitté en application de règles de droit national contraires au droit communautaire doit normalement être remboursé (571).

3. Le droit communautaire ne contient pas un système complet de règles relatives aux formes et aux délais dans lesquels le remboursement de droits indûment perçus peut être obtenu des tribunaux nationaux (572). En vertu de leur autonomie institutionnelle, les États membres demeurent compétents en la matière. Dans quelle mesure ce « passage obligé par le droit national » peut-il aboutir à mettre en cause « l'effet utile de l'effet direct », selon l'expression heureuse du Président Mertens de Wilmars (573) ?

(568) C.J., 13-7-1972, aff. 48/71, *Commission c. Italie*, *Rec.*, 1972, p. 529, 534.

(569) C.J., 28-3-1980, aff. j. 24/80 R et 97/80 R, *Commission c. République française*, *Rec.*, 1980, p. 1319, 1333.

(570) Voy. en ce sens C.J., 14-12-1982, aff. j. 314 à 316/81, *Waterkeyn*, *Rec.*, 1982, p. 4337, 4361.

(571) Voy. conclusions dans l'affaire 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Denkavit Italiana*, *Rec.*, 1980, p. 1232 ; voy. aussi ses conclusions dans l'aff. 77/76, *Cucchi c. Avez*, *Rec.*, 1977, p. 1021.

(572) Le règlement n° 1430/79 du Conseil, du 2-7-1979 (*J.O.C.E.*, L 175, p. 1) ne contient pas une réglementation exhaustive de la matière mais s'applique uniquement aux droits, taxes, prélèvements et impositions établis par le droit communautaire et perçus par les États membres pour compte de la Communauté.

(573) J. Mertens de Wilmars, L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers, rapport général au *Neuvième congrès international de la FIDE*, Londres, 1980, ces *Cahiers*, 1981, p. 379 et s., spéc. p. 381, p. 1-3.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - La restitution des taxes indûment payées
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Les arrêts *Comet* et *Rewe* du 16 décembre 1976 (574) ont tracé le critère permettant de délimiter les compétences respectives de l'ordre juridique national et de l'ordre juridique communautaire. Le principe de base est le suivant :

> « En l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales du recours en justice destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire ».

Toutefois, la compétence de l'ordre juridique interne n'est accueillie que sous réserve de deux conditions :

> « Ces modalités ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne » ;
>
> « Ces modalités et délais ne peuvent aboutir à rendre en pratique impossible l'exercice de droits que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder ».

Sur la base de ces lignes directrices, il a été possible de résoudre un certain nombre de problèmes qui se sont posés dans la pratique. Ainsi, la Cour a admis, dans les arrêts *Comet* et *Rewe*, que le législateur national était en principe compétent pour fixer des délais dans lesquels les recours doivent être intentés à peine de forclusion. De même, il a été jugé que le droit communautaire ne permettait pas de faire échec aux règles procédurales interdisant de soulever certains moyens pour la première fois en cassation (575) ou interdisant de remettre en cause une décision judiciaire coulée en force de chose jugée (576). La Cour a aussi reconnu que la possibilité d'exiger le paiement d'intérêts moratoires et, le cas échéant, le montant et les modalités de calcul de ceux-ci, dépendaient du droit national applicable (577). D'autres questions, telles que celles relatives à la possibilité de compenser des créances, l'existence éventuelle de sûretés, la transmissibilité, devraient sans doute aussi être tranchées conformément aux règles de procédure nationales. Il n'existe toutefois pas encore de jurisprudence à ce sujet à notre connaissance.

4. Le problème spécifique qui se posait dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt annoté consistait à savoir s'il est compatible avec le droit commu-

(574) Aff. 33/76 et aff. 45/76, *Rec.*, 1976, p. 1989 et 2043 ; voy. aussi ces *Cahiers*, 1977, p. 227, note R. Kovar.

(575) Hoge Raad, 11 février 1966, *Schetselaar c. Geigy*, *Cah. dr. eur.*, 1967, p. 85, note S.A. Kuipers.

(576) Hoge Raad, 13 janvier 1976, *Ruigrok*, *C.M.L. Rev.*, 1977, p. 306.

(577) C.J., 21-5-1976, aff. 26/74, *Roquette*, *Rec.*, 1976, p. 677. Voy. aussi les arrêts de la Cour de cassation de France du 16 décembre 1980 dans les affaires *Les Fils de Henri Ramel* et *Margnat Frères*, *Recueil Dalloz-Sirey*, 1981, Jurisprudence, p. 380, note C.J. Berr.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - La restitution des taxes indûment payées
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

nautaire que le droit national subordonne le remboursement par l'État de taxes perçues contrairement au droit communautaire à la preuve, par le demandeur, qu'il n'en a pas répercuté la charge sur ses propres clients. La Cour s'était déjà prononcée à ce sujet à plusieurs reprises, et en premier lieu dans son arrêt *Hans Just* du 27 février 1980 (578). La Cour s'y était exprimée comme suit :

> « La protection des droits garantis en la matière par l'ordre juridique communautaire n'exige pas d'accorder une restitution de taxes indûment perçues dans des conditions qui entraîneraient un enrichissement sans cause des ayants droit. Rien ne s'oppose donc, du point de vue du droit communautaire, à ce que les juridictions nationales tiennent compte, conformément à leur droit national, du fait que des taxes indûment perçues ont pu être incorporées dans les prix de l'entreprise redevable de la taxe et répercutées sur les acheteurs ».

Toutefois, la Cour avait rappelé les deux réserves faites dans les arrêts *Comet* et *Rewe* à la compétence du droit interne en la matière.

Il n'est pas sans intérêt de souligner que l'affirmation faite dans l'arrêt *Hans Just* avait été motivée par l'existence au Danemark d'une situation jurisprudentielle très particulière, sur laquelle l'attention de la Cour avait été attirée par le gouvernement danois. En effet, un arrêt du Højesteret de 1952 (579) avait, dans des circonstances très particulières, tenu compte de ce qu'une taxe indûment perçue avait été répercutée par le redevable. Une entreprise de la meunerie avait demandé au fisc de lui restituer un impôt qu'elle estimait illégal et qu'elle avait payé pour l'achat d'un lot de blé. Le Højesteret a reconnu que l'impôt n'était pas dû, mais il a refusé le remboursement en observant que le préjudice découlant de la perception indue avait été répercuté sur les acheteurs de pain. En effet, le prix de ce dernier produit était fixé par l'autorité ; celle-ci l'avait augmenté, après l'introduction de l'impôt, dans une mesure égale au montant de celui-ci. Dans ces circonstances, le Højesteret a estimé que permettre aux redevables d'obtenir le remboursement de l'impôt créerait un enrichissement indu en son chef.

5. Quoique la règle de l'arrêt *Hans Just*, selon laquelle le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les juridictions nationales tiennent compte de ce qu'une taxe indûment perçue a été répercutée sur les acheteurs, ait été énoncée en tenant compte de la situation spécifique du droit danois, elle était formulée en termes généraux. Il n'est donc pas

(578) Aff. 68/79, *Rec.*, 1980, p. 501, 523. Voy. aussi C.J., 27-3-1980, aff. 61/79, *Denkavit Italiana*, *Rec.*, 1980, p. 1205 ; C.J., 12-6-1980, aff. 130/79, *Express Dairy Foods*, *Rec.*, 1980, p. 1887 ; C.J., 10-7-1980, aff. 811/79, *Ariete*, *Rec.*, 1980, p. 2545, et aff. 826/79, *Mireco*, *Rec.*, 1980, p. 2550.

(579) UfR 1952, 974 H. Voy. à ce sujet F. Hubeau, De problematiek van ongeschuldigde bedragen in het Gemeenschapsrecht, *S.E.W.*, 1980, p. 601, 604 (paru en version française dans la *Revue trimestrielle de droit européen*, 1981, p. 442 et suiv.).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - La restitution des taxes indûment payées
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

étonnant que certains États membres aient tenté de l'invoquer devant leurs tribunaux en vue de faire échec à des actions en répétition de l'indu de droits perçus en violation du droit communautaire. Ces tentatives ont généralement échoué.

Ainsi, dans un arrêt du 30 novembre 1978, la Cour d'appel de Lyon s'est prononcée comme suit (580) :

> « Attendu au surplus que la répétition de l'indu est une institution commune au droit privé et au droit public internes, et aux règles de laquelle obéit notamment l'action en remboursement des droits perçus par l'administration des douanes à la suite d'une erreur de sa part ; qu'en conséquence, l'appauvrissement du redevable ne constitue pas et n'a jamais constitué une condition de ce remboursement ; ... ».

De même, dans deux jugements inédits du 8 octobre 1981, le tribunal de première instance de Bruxelles a rejeté l'argumentation de l'État belge en affirmant :

> « Attendu que c'est à tort que le défendeur conclut à l'irrecevabilité de l'action au motif que la demanderesse n'aurait plus intérêt à agir en justice, les taxes litigieuses ayant été répercutées sur les acheteurs des produits concernés ;
>
> Attendu que c'est à juste titre que la demanderesse rappelle que son action est basée sur la répétition de l'indu, à apprécier selon le droit belge applicable en la matière indépendamment, au niveau de la recevabilité en tout cas, d'une répercussion éventuelle sur le prix des produits considérés ; ... » (581).

Il était donc clair que, selon le droit existant dans la plupart des États membres, les redevables ayant acquitté une taxe contraire au droit communautaire ne sont pas tenus, afin d'en obtenir le remboursement, de démontrer qu'ils n'en ont pas répercuté la charge sur leurs acheteurs.

Il n'en reste pas moins que l'arrêt *Hans Just* pouvait être interprété, sinon comme une invitation à modifier le droit en vigueur, tout au moins comme une indication que la Cour n'élèverait aucune objection à l'encontre d'une telle modification. C'est ce que les législateurs, en France et en Italie, ne tardèrent pas à comprendre. Ainsi, le 30 décembre 1980, l'Assemblée nationale française introduisait dans la loi de finances pour 1981 un article 13.V ainsi libellé :

> « Lorsqu'une personne a indûment acquitté des droits indirects régis par le Code général des impôts ou des droits et taxes nationaux recouvrés selon les procédures du Code des douanes, elle ne peut en obtenir le rembourse-

(580) *Recueil Dalloz-Sirey*, 1979, Jurisprudence, p. 371. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation par arrêt du 16 décembre 1980, précité.

(581) Affaires *Delhaize*, *GB-INNO-BM et Mestdagh c. État Belge*. Ces jugements ont été confirmés en appel.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - La restitution des taxes indûment payées
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ment, sauf en cas d'erreur matérielle, que si elle justifie que ces droits n'ont pas été récupérés sur l'acheteur ».

Cette disposition avait pour but de faire échec à un certain nombre de réclamations privées qui avaient été introduites à la suite de l'arrêt de la Cour du 27 février 1980 par laquelle la Cour de justice avait condamné la discrimination dont faisaient l'objet en France les eaux-de-vie provenant de la distillation de céréales, dont la grande majorité (notamment les genièvres et les whiskies) étaient importés, par rapport aux eaux-de-vie de vin et de fruit dont l'essentiel était produit en France (582). Pendant la discussion du projet de loi à l'Assemblée nationale le 17 octobre 1980, le Ministre du budget avait déclaré en réponse à une proposition d'amendement visant à supprimer l'art. 4, par. 4, du projet (devenu l'article 13.V du texte définitif) :

> « Enfin, la suppression du quatrième paragraphe de l'article 4 permettrait aux importateurs de whisky d'obtenir le remboursement des droits de fabrication qu'ils ont versés. Cette conséquence, gravement préjudiciable pour le Trésor public, a peut-être échappé aux auteurs de l'amendement. Ce dernier aurait d'ailleurs la conséquence paradoxale d'alléger de manière très importante la charge fiscale pesant sur le whisky, ce qui serait le comble, Mesdames, Messieurs, convenez-en » (583) !

L'article 13.V était rendu applicable aux réclamations introduites avant la date d'entrée en vigueur de la loi (584).

L'année suivante, une nouvelle modification fut introduite dans le dispositif législatif relatif au remboursement de droits payés indûment : l'article 38.V de la Loi de finances pour 1982 transférait aux tribunaux administratifs le pouvoir de connaître de ces réclamations. Ici aussi, la modification s'appliquait aux procès déjà en cours. Lorsqu'on sait que, selon une jurisprudence constante qui remonte au célèbre arrêt *Syndicat général des fabricants de semoules de France* (585), les tribunaux administratifs français ne se considèrent pas comme habilités à refuser l'application d'une loi au motif qu'elle serait contraire au droit communautaire, cette modification législative acquiert toute sa signification.

Entretemps, le législateur italien n'était pas demeuré inactif. Le 10 juillet 1982, le décret-loi n° 430 fut adopté. Son article 10 énonçait :

> « Une personne ayant indûment payé des droits de douane à l'importation, des impôts de fabrication, des impôts de consommation ou des droits d'État, même antérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent décret, n'a pas droit au remboursement des sommes payées, sauf cas d'erreur maté-

(582) C.J., 27-2-1980, aff. 168/78, *Commission c. République française*, *Rec.*, 1980, p. 347.
(583) *J.O.R.F.*, Débats parlementaires, Assemblée nationale, Séance du 17-10-1980, p. 2826.
(584) Voy. le deuxième alinéa de l'article 13.V.
(585) Conseil d'État (France), 1-3-1968, *Recueil Dalloz et Sirey*, 1968, Jurisprudence, p. 286.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - La restitution des taxes indûment payées
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

rielle, lorsque la charge correspondante a été répercutée de quelque manière que ce soit, sur d'autres personnes.

La charge est présumée répercutée chaque fois que les marchandises pour lesquelles le paiement a été effectué ont été cédées, même après ouvraison, transformation, montage, assemblage ou adaptation, sauf preuve documentaire contraire ... ».

Toutefois, ce décret-loi ne fut pas converti en loi dans le délai prévu par la constitution italienne, et devint dès lors caduc. Des dispositions presque identiques furent reprises à l'article 19 du décret-loi n° 688 du 30 septembre 1982 :

« Toute personne ayant indûment payé des droits de douane à l'importation, des impôts de fabrication, des impôts de consommation ou des droits d'État, même antérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent décret, a droit au remboursement des sommes payées si elle prouve documentairement que la charge correspondante n'a pas été répercutée, de quelque manière que ce soit, sur d'autres personnes, sauf le cas d'erreur matérielle.

La preuve documentaire, visée à l'alinéa précédent, doit être fournie également lorsque les marchandises pour lesquelles le paiement a été effectué ont été cédées après ouvraison, transformation, montage, assemblage ou adaptation.

Les marchandises sont présumées cédées dans les cas prévus à l'art. 53, al. 1 et 2 du décret du Président de la République n° 633, du 26 octobre 1972.

Le remboursement des sommes payées au titre de la taxe sur la valeur ajoutée reste régi uniquement par les dispositions concernant cette taxe ».

Ce décret-loi fut converti en loi par la loi n° 873 du 27 novembre 1982.

6. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt annoté, le Président du tribunal de Trente demandait à la Cour de se prononcer sur la conformité au droit communautaire du décret-loi n° 430, applicable au moment où il a décidé de saisir la Cour à titre préjudiciel. La réponse donnée par la Cour est suffisamment générale pour pouvoir s'appliquer aussi aux dispositions du décret-loi n° 688 du 30 septembre 1982.

L'arrêt nuance sensiblement la règle énoncée dans l'arrêt *Hans Just*. Alors qu'il résultait de ce dernier qu'une règle nationale permettant aux tribunaux de tenir compte de ce qu'une taxe contraire au droit communautaire a été répercutée sur des acheteurs n'est pas contraire au droit communautaire, l'arrêt *San Giorgio* est plus précis : une telle règle n'est compatible avec le droit communautaire que « lorsqu'il est établi » que la personne astreinte au paiement du droit l'a effectivement répercuté sur d'autres sujets. En revanche, sont incompatibles avec le droit communautaire les présomptions ou règles de preuves « qui visent à rejeter sur le contribuable la charge d'établir que les taxes indûment payées n'ont pas été répercutées sur d'autres sujets » de même que toutes « limita-

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - La restitution des taxes indûment payées
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tions particulières en ce qui concerne la forme des preuves à rapporter, comme l'exclusion de tout autre mode de preuve autre que la preuve documentaire ».

La Cour justifie son raisonnement comme suit :

> « Dans une économie de marché fondée sur la liberté de concurrence, la question de savoir si et dans quelle mesure une charge fiscale imposée à l'importateur a pu être effectivement répercutée sur les échelons économiques successifs comporte une marge d'incertitude qui ne saurait être imputée systématiquement à la personne astreinte au paiement d'une taxe contraire au droit communautaire ».

Quant à l'exigence de non-discrimination (dont, paradoxalement, le gouvernement italien soutenait qu'elle était satisfaite en l'espèce), la Cour précise qu'elle « ne saurait être entendue comme justifiant des mesures législatives destinées à rendre pratiquement impossible tout remboursement de taxes perçues en violation du droit communautaire, à condition que le même traitement soit étendu aux contribuables qui ont des réclamations similaires à faire valoir en raison d'une méconnaissance du droit fiscal national ».

7. L'évolution marquée par cet arrêt doit être approuvée. En effet, nous ne sommes pas les seuls à avoir souligné que l'exigence de la preuve de la non-récupération sur l'acheteur place, dans la grande majorité des cas, les redevables ayant acquitté un impôt contraire au droit communautaire devant des difficultés de preuves pratiquement insurmontables (586). Comme le soulignait la Cour d'appel de Milan dans un arrêt du 21 janvier 1983 par lequel elle saisissait la Cour constitutionnelle d'Italie de la constitutionnalité du décret n° 688 :

> « Démontrer que l'on n'a pas transféré sur le tiers acquéreur de la marchandise importée la charge financière du droit de douane que l'on a payé ne serait possible que s'il existait un moyen de distinguer, dans le paiement effectué par le tiers, ce qui a trait à des coûts et à des frais et ce qui se rapporte au bénéfice de l'importateur ; mais une telle distinction est impossible : le prix du service preste par l'importateur sera généralement suffisant pour couvrir tous les coûts, y compris celui de la charge douanière, de telle sorte qu'en exigeant la preuve de la non-récupération, on aboutit à nier de manière absolue le droit à répétition ».

L'avocat général Mancini déclarait, pour sa part, dans ses conclusions dans l'affaire *Pauls Agriculture* (587) :

(586) M. Waelbroeck, La nature du droit au remboursement des montants payés contrairement au droit communautaire, *Liber Amicorum Josse Mertens de Wilmars*, Anvers et Zwolle, 1982, p. 429, 437.

(587) Conclusions prononcées le 23 mars 1983, aff. 256/81, *Rec.*, 1983, p. 1726.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - La restitution des taxes indûment payées
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

> « En fixant leurs prix les entreprises ne peuvent pas s'en tenir uniquement aux coûts qu'elles supportent et aux profits qu'elles recherchent ; elles sont conditionnées à cet égard par les cours du marché : si la situation du marché permet de fixer les prix à un certain niveau, sans que cela ait une incidence sur le volume des ventes, c'est à ce niveau — et non à un autre — que l'entreprise va fixer ces prix ».

De même, un arrêt du 6 juin 1984 (588) de la Cour d'appel de Douai a considéré que dans un marché « réglé exclusivement par la loi de l'offre et de la demande » il existait « une telle marge d'incertitude quant à la répercussion effective sur les acheteurs de la charge fiscale imposée à l'importateur que la preuve demandée par l'administration est pratiquement impossible à faire ».

Ainsi, dans un système de prix fixé par la loi de l'offre et de la demande, il sera généralement impossible à l'entreprise de démontrer que la charge de la taxe n'a pas été répercutée sur l'acheteur.

Peut-on objecter que, la preuve contraire étant tout aussi difficile, sinon impossible, il n'est pas équitable d'en rejeter la charge sur l'État mais que, conformément à l'adage *actori incumbat probatio*, c'est au demandeur qu'incombe le risque des difficultés éventuelles de preuve qu'implique l'accueil de ses prétentions ? À notre avis, ce serait là méconnaître le fait qu'il n'existe pas *a priori* de raison de favoriser l'État, qui a perçu une imposition illégale, par rapport au redevable, qui a payé parce qu'il ne pouvait pas l'éviter. Ainsi que le soulignait l'avocat général Mancini, il n'est pas raisonnable de privilégier celui qui viole la loi et corrélativement de punir celui qui est la victime de la violation (589).

Il serait d'ailleurs faux de croire que l'État ne sera jamais en mesure de prouver que la taxe a été répercutée. Ainsi que le montre la jurisprudence danoise qui se trouve à l'origine de la règle *Hans Just*, une telle preuve est possible, notamment lorsque les prix sont fixés par l'autorité et que la charge de l'impôt litigieux a été prise en compte dans le calcul du prix officiel (590). Il se peut aussi, comme le soulignait la Cour d'appel de Milan dans son arrêt du 21 janvier 1983 précité, que le demandeur, après avoir établi son prix, réclame de manière spécifique au tiers acquéreur et obtienne de celui-ci le paiement de la taxe qui s'avère ultérieurement ne pas être due. Enfin, le mécanisme même d'imposition peut être tel qu'il y a lieu de présumer que la charge a été répercutée : c'est ainsi que, dans l'affaire *International Chemical Corporation*, la Cour a jugé que le demandeur n'avait pas droit à obtenir le remboursement d'une charge imposée en vertu d'un règlement communautaire déclaré illégal, étant donné que le système mis en place par le règlement permettait

(588) *Dalloz*, 1984, *Jur.*, p. 543.
(589) *Rec.*, 1983, p. 3627-3628.
(590) Pour un exemple récent, cf. Lyon, 19-10-1983, *J.C.P.*, 1984, II, 14311.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - La restitution des taxes indûment payées
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

au demandeur d'en répercuter la charge sur les tiers (591). De manière générale, on peut considérer qu'il y a plus de chances que la charge de la taxe a été récupérée auprès de l'acheteur lorsque celle-ci pesait sur tous les opérateurs économiques se trouvant dans une situation comparable que lorsqu'elle est imposée de façon discriminatoire sur certains d'entre eux : dans ce dernier cas — qui est celui qui risque le plus souvent de se produire dans le cas d'impositions nationales contraires au droit communautaire — il semble raisonnable de considérer que l'obligation de payer la taxe réduit la marge bénéficiaire des entreprises qui y sont soumises par comparaison avec celle des entreprises qui en sont exemptes, de telle sorte qu'on peut estimer que la taxe n'aura généralement pas été répercutée.

8. Il existe à notre avis une raison plus fondamentale d'approuver l'arrêt. Il est évident, en effet, que si la Cour de justice s'en était tenue à la position adoptée dans l'arrêt *Hans Just*, les États membres y auraient vu un encouragement à adopter des dispositions analogues au décret-loi en cause dans l'affaire *San Giorgio*. En rendant plus difficile, voire même, dans la majorité des cas, impossible l'exercice de l'action en répétition, de telles dispositions auraient contribué à énerver une des sanctions les plus efficaces que le droit communautaire prévoit contre les manquements d'État. Trop souvent, aujourd'hui déjà, les États se montrent peu pressés d'exécuter les arrêts de la Cour constatant un manquement dans leur chef. Le risque d'actions intentées par les particuliers lésés constitue un des moyens susceptibles de les faire sortir de leur inertie. Si cette possibilité vient à être supprimée, ou considérablement réduite, il est à craindre qu'on en aboutisse, comme l'a bien vu l'Avocat général Mancini, à une paralysie totale :

> « Comment, en effet, exclure que certains de ne pas devoir restituer ce qu'ils ont indûment perçu, les États ne continuent à percevoir des taxes d'effet équivalant à des droits de douane malgré l'interdiction communautaire ? Qui pourrait l'empêcher, si l'on retirait aux entrepreneurs tout moyen judiciaire de bloquer une semblable pratique et si la reconnaissance de sa légalité communautaire liait les mains de la Commission ?
>
> Ce sont des perspectives très graves et, ce qui est pire, crédibles dans la phase de renaissance du protectionnisme que nous vivons actuellement ».

Il y a donc lieu de se féliciter que la Cour ait été consciente du danger et qu'elle ait trouvé les moyens, sans revenir sur le principe énoncé dans l'arrêt *Hans Just*, de nuancer celui-ci dans la mesure nécessaire pour

(591) C.J., 13-5-1981, aff. 66/80, *Rec.*, 1981, p. 1191, 1218-1219.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - La restitution des taxes indûment payées
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

éviter toute possibilité d'abus par les États membres de la liberté qui leur était laissée (592).

(592) Il est encourageant de constater que la jurisprudence française se montre disposée à adopter l'enseignement de l'arrêt *San Giorgio*. Ainsi, dans son arrêt du 6-6-1984 précité, la Cour d'appel de Douai, se référant expressément à l'arrêt *San Giorgio*, a déclaré incompatibles avec le droit communautaire les modalités de preuve prévues à l'article 13.V. de la loi de finances du 30-12-1980 dans la mesure où ces modalités concernent des taxes nationales perçues en violation des droits communautaires.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - La restitution des taxes indûment payées
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

6. *L'interprétation des traités internationaux et du droit communautaire*

Un autre problème a longtemps retenu mon attention : dans quelle mesure la Cour de justice utilise-t-elle pour l'interprétation du droit communautaire des règles différentes de celles auxquelles les tribunaux nationaux ont recours pour l'interprétation des traités internationaux classiques ?

À l'issue de ma recherche sur l'application des traités internationaux par les tribunaux nationaux dans les six États membres fondateurs des Communautés, j'avais conclu que, dans tous, l'application de règles différentes de celles utilisées pour les dispositions du droit interne s'était imposée.

***Traités internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché commun*,**
Bruxelles, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1969,
Chapitre II, « L'interprétation du traité », Section II,
« Règles d'interprétation suivies », pp. 220-222.

197. Les tribunaux reconnaissent que la nature particulière des traités exige que leur interprétation se fasse selon des règles différentes de celles utilisées pour les lois nationales. Tandis que la loi est un acte s'imposant unilatéralement, le traité consiste essentiellement en une convention par laquelle les États se font des concessions et s'accordent des avantages mutuels. Il y a donc lieu de tenir compte de la commune intention des parties contractantes, du but qu'elles ont poursuivi et de l'application qu'elles donnent au traité, lorsqu'il s'agit de statuer sur le sens ou la portée à reconnaître à l'une ou l'autre de ses dispositions.

Une évolution remarquable s'est dessinée, dans la jurisprudence comme dans la doctrine, vers une conscience plus claire de cette nécessité. Ainsi, on avait longtemps considéré que les termes dont se sont

Université de Lorraine (193.50.135.4)
6. - L'interprétation des traités internationaux et du droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

servis les auteurs d'un traité doivent être présumés revêtir la signification qu'ils ont en droit national, sans que l'on doive se soucier du sens qu'ils ont dans le droit des autres États qui ont ratifié ce traité (593). Il n'en irait autrement que des conventions d'union (594). Si, encore aujourd'hui, certains auteurs français adhèrent à ce point de vue (595), la tendance dominante admet que les termes du traité doivent être appréciés en tenant compte du système juridique des autres États contractants, de sorte qu'il y a lieu de leur donner un contenu « international » (596).

198. D'une manière générale, la jurisprudence admet aujourd'hui que l'origine contractuelle des traités impose d'adopter à leur égard des règles d'interprétation particulières, permettant de tenir compte de leur nature propre. Ainsi, la recherche de la commune intention des parties est considérée comme essentielle (597)° ; si le texte n'est pas clair, cette intention pourra être trouvée dans les travaux préparatoires et dans les événements qui ont entouré la rédaction de l'accord (598) ; la façon dont il a été appliqué de part et d'autre par les instances chargées de son exécution pourra aussi fournir des indications précieuses (599).

Dans cette recherche, les tribunaux tiennent compte aussi du *but* poursuivi par les auteurs du traité, et ce notamment lorsque l'interprétation littérale apparaît comme insuffisante, soit parce qu'elle aboutit à des

(593) E. Bartin, *Principes*, n° 53 ; P. Chailley, *op. cit.*, n° 89, 6° ; M. Noël, *op. cit.*, p. 149 et suiv. ; H.R., 6 novembre 1919, *W.*, 10502, note M.F.F. Voy. aussi R.G., 4 février 1931, *J.W.*, 1932, 243, *Cl.*, 1933, 1008, note M. Philonenko, selon qui on peut recourir à l'interprétation selon la loi allemande, mais seulement si tous les autres modes d'interprétation ont échoué.

(594) E. Bartin, *loc. cit.*, *ibid.* ; P. Chailley, *ibid.*

(595) H. Batiffol, *Traité*, n° 39.

(596) M. Philonenko, note sous R.G., 4 février 1931, *Cl.*, 1933, 1008 ; H. Motulsky, note sous Paris, 27 janvier 1955, *R.C.D.I.P.*, 1955, 330 ; J.-P. Niboyet, « Le problème des qualifications sur le terrain des traités diplomatiques », *R.C.D.I.P.*, 1935, p. 20 et suiv. ; R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, n° 18, p. 63 (qui critique la thèse de Bartin) ; C. Fabozzi, « I problemi di diritto internazionale nella giurisprudenza italiana », in : *Com. e st.*, t. IX, p. 337. Dans la jurisprudence, voy. : Orléans, 6 avril 1948, *R.C.D.I.P.*, 1948, 311, note Ph. Francescakis ; H.R., 21 avril 1932, *N.J.*, 1932, p. 1470, note E.M.M. ; *R.C.D.I.P.*, 1934, 476 ; R.G., 2 février 1931, *R.G.Z.*, 131, 250 ; R.G., 4 février 1931, *J.W.*, 1932, 243, *Cl.*, 1933, p. 1008, note M. Philonenko.

(597) En *France* : J. Valéry, *Manuel*, n° 454 ; Civ., 5 février 1872, *Jurisprudence du XIXe siècle*, 1872, t. Ier, p. 431 ; Paris, 27 janvier 1955, *R.C.D.I.P.*, 1955, 330.

En *Belgique* : F. Rigaux, « Les problèmes de validité », p. 203 ; Cass., 13 février 1911, *Pas.*, I, 125 ; 16 janvier 1968, *J.T.*, 1968, 113 ; 12 mars 1968, *J.T.*, 1968, 290.

En *Italie* : Cassaz. S.U., 22 février 1953, *R.d.i.*, 1953, 453, note F. Durante.

En Allemagne : R.G., 20 mai 1922, *R.G.Z.*, 104, 352 ; 8 novembre 1930, *R.G.Z.*, 130, 220 ; 14 avril 1932, *J.W.*, 1932, 2799 ; B. Verf. G., 4 mai 1955, *B. Verf. G.E.*, 4, 157 ; H. Kraus, « Der deutsche Richter und das Völkerrecht », p. 229 ; H. Mosler, *Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte*, p. 25.

(598) Cass. b., 13 février 1911, *Pas.*, I, 125 ; R.G., 23 juin 1890, *R.G.Z.*, 26, 117 ; 20 mai 1922, *R.G.Z.*, 104, 352 ; 8 novembre 1930, *R.G.Z.*, 130, 220 ; 4 février 1931, *J.W.*, 1932, 243 ; B.G.H., 21 juin 1955, *B.G.H.Z.*, 18, 22, *Z.a.ö.R.V.*, 1956-1957, 323. Voy. aussi : H. Mosler, *op. cit.*, p. 26.

(599) Angers, 25 novembre 1954, *Cl.*, 1956, 142, note B.G. ; Cour sup. de justice (cass. dans l'intérêt de la loi), 19 novembre 1959, *Pas. lux.*, t. XVIII, p. 1 ; *J.T.*, 1960, 101, et conclusions du P.G. F. Welter.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
6. - L'interprétation des traités internationaux et du droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

résultats déraisonnables (600), soit parce que le texte n'est pas clair (601). Ils ont également tendance à considérer le traité comme un tout, à ne pas en interpréter les dispositions en les envisageant isolément, mais en les replaçant dans leur contexte et dans leurs rapports avec les autres dispositions (602).

199. L'origine internationale de la règle de droit contenue dans le traité soulève des problèmes d'interprétation particuliers. Il arrive souvent que le traité ait été rédigé en plusieurs langues, chacune d'elles faisant foi. Parfois aussi, il n'existe qu'une seule version officielle, en langue étrangère ; une traduction dans la langue nationale peut alors être publiée dans le recueil officiel, à la suite du texte du traité en langue étrangère.

Ici aussi, la jurisprudence tient compte de la nécessité de donner, dans toute la mesure du possible, une application uniforme aux dispositions conventionnelles ; au lieu de s'en tenir au seul texte publié en langue nationale, il lui arrive fréquemment de rechercher quels sont les termes dont se servent les autres versions, afin d'arriver à une interprétation conforme à la volonté des parties (603) ; le cas échéant, elle écarte l'interprétation résultant du texte en langue nationale si cette langue n'est pas parmi celles faisant foi et si l'interprétation qui s'en dégage est contredite par celle qui découle des textes en langue originale (604).

* * *

L'examen de la jurisprudence de la Cour me conduisit néanmoins à reconnaître que, par l'importance très limitée accordée aux travaux

(600) Cassaz., 22 juin 1961, *R.d.i.*, 1961, 684 ; Trib. de L'Aquila, 7 décembre 1960, *R.d.i.*, 1961, 288 ; R.G., 22 avril 1929, *R.G.St.*, 63, 45 ; H.R., 26 août I960, *N.J.*, 1960, n° 566, note B.V.A.R. ; Cass. fr. (ch. réun.), 27 avril 1950, *D.*, 1950, 379 ; voy. aussi au sujet de cet arrêt : P. Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé*, par Y. Loussouarn, n° 55.

(601) R.G., 28 septembre 1921, *R.G.Z.*, 102, 403 ; 18 juin 1927, *R.G.Z.*, 117, 280 ; H.R., 13 avril 1954, *N.J.*, 1954, n° 388.

(602) Cass. b., 23 mars 1920, *Pas.*, 1920, I, 104 ; 2 décembre 1949, *Pas.*, 1950, I, 208 ; R.G., 18 juin 1927, *R.G.Z.*, 117, 280 (considère les dispositions économiques de la Convention de Genève sur la Haute-Silésie comme « ein einheitliches Ganzes ») ; 28 septembre 1921, *R.G.Z.*, 102, 403 ; Cassaz. S.U., 10 octobre 1956, *R.d.i.*, 1957, 417, note G. Arangio-Ruiz ; 18 avril 1957, *R.d.i.*, 1959, 133, note A. Malintoppi.

(603) R.G., 28 septembre 1921, *R.G.Z.*, 102, 403 ; R.F.H., 15 octobre 1920, *E.R.F.H.*, 4, 190, 200 ; B.G.H., 14 octobre 1955, *B.G.H.Z.*, 18, 267, 272 ; Trib. Brescia, 10 février 1955, *Le Corti di Brescia i Venezia*, 1957, 236 ; Cassaz. S.U., 2 février 1953, *R.d.i.*, 1953, 453. Voy. parmi les auteurs : H. Mosler, *Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte*, p. 28 à 30 ; A. Malintoppi, « Trattati redatti in più lingue e ordine di esecuzione », *R.d.i.*, 1962, 237 à 239 ; C. Fabozzi, *op. cit.*, p. 91.

(604) R.F.H., 15 octobre 1920, cité à la note précédente. Voy. aussi, sur toute cette question : H. Dölle, « Zur Problematik mehrsprachiger Gesetzes – und Vertragstexte », *RabelsZ.*, 1961, 4 ; K.J. Partsch, rapport cité, p. 117 à 128.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
6. - L'interprétation des traités internationaux et du droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

préparatoires et à la pratique subséquente des États contractants, ainsi que par le recours fréquent à la méthode téléologique, les règles d'interprétation suivies par la Cour se distinguent de celles appliquées pour les traités internationaux ordinaires.

***Commentaire J. Mégret, le droit de la Communauté économique européenne*, Volume 10, *La Cour de justice et les actes des institutions*, Section III, « Méthodes d'interprétation, de l'analyse de l'article 164 du traité »,**
Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1993, pp. 8-18.

III. MÉTHODES D'INTERPRÉTATION

9. *Spécificité des méthodes d'interprétation utilisées par la Cour.* Quoique la Cour ait recours, pour résoudre les problèmes qui lui sont soumis, à l'ensemble des méthodes d'interprétation propres au droit international et au droit interne, elle a nécessairement été amenée, en raison des objectifs d'intégration du traité, à privilégier certaines de ces méthodes par rapport aux autres.

En conséquence, la façon dont la Cour interprète le droit communautaire se distingue nettement des techniques employées par les juridictions internationales et par les juridictions internes (605).

Cette spécificité résulte de l'importance relativement secondaire attachée à l'interprétation littérale par rapport à l'interprétation systématique et à l'interprétation téléologique. Il s'agit là d'une tendance qui s'est marquée avec une insistance grandissante au cours des années. Elle se manifeste, entre autres, par l'ordre dans lequel la Cour énumère les facteurs dont elle tient compte. Ainsi, dans ses premiers arrêts, elle prenait en considération « le texte, le contexte et leur finalité » (606). Depuis l'arrêt *Van Gend en Loos*, l'ordre est inversé : il faut avoir égard, dans l'interprétation, « à l'esprit, l'économie et les termes du traité » (607). La Cour s'est tenue invariablement à cet ordre dans ses arrêts postérieurs (608).

(605) Conclusions Lagrange, aff. n° 8-55, *Fédération charbonnière de Belgique*, *Rec.*, II, p. 263-264 ; J.-V. Louis, *L'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, 1979, p. 25 ; H. Kutscher, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », *in Rencontre judiciaire et universitaire*, 27-28 septembre 1976, Luxembourg, p. I-31 et 32.

(606) Arrêt du 29 novembre 1956, aff. n° 8-55, *Fédération charbonnière de Belgique*, *Rec.*, II, p. 291, 305 ; arrêt du 13 juin 1958, aff. n° 9-56, *Meroni*, *Rec.*, IV, p. 11, 26-27.

(607) Arrêt du 5 février 1963, aff. n° 26-62, *Van Gend en Loos*, *Rec.*, IX, p. 1, 22.

(608) W.J. Ganshof van der Meersch, « L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international », *Rec. ADI*, 1975, vol. V, p. 275.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
6. - L'interprétation des traités internationaux et du droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La méthode d'interprétation de la Cour se caractérise aussi par l'importance réduite attachée aux travaux préparatoires (609). La recherche de l'intention des auteurs du texte s'efface devant le souci de conférer à ce texte le maximum d'efficacité en vue de la poursuite des objectifs du traité.

Ceci explique aussi que la Cour n'accepte pas l'application, en droit communautaire, de la règle selon laquelle les dispositions imposant des obligations aux États contractants doivent être interprétées restrictivement (610).

10. *L'interprétation littérale*. Le fait que la Cour a toujours attaché une importance relativement secondaire à l'interprétation littérale ne signifie pas qu'elle pousse les choses jusqu'à aller à l'encontre du texte. Lorsque le texte est clair, elle s'incline, même si les conséquences lui paraissent regrettables (611).

Souvent, cependant, la Cour ne se contente pas de l'interprétation littérale, mais elle estime nécessaire de contrôler si le résultat qui en découle est confirmé par d'autres critères (612). Ainsi, si l'interprétation littérale mène à un résultat « absurde » la Cour n'hésitera pas à l'écarter en faveur d'une interprétation plus conforme à la logique et à l'objectif de la disposition interprétée (613). La Cour tient compte aussi de ce que la rédaction des textes communautaires est parfois défectueuse (614) et que des différences dans la terminologie utilisée dans certaines dispositions du traité ne présentent pas la même importance que lorsqu'il s'agit d'interpréter des codifications nationales plus soigneusement rédigées (615).

11. *Problèmes posés par les divergences entre les versions officielles*. En cas de divergence entre les versions officielles d'un traité, on admet généra-

(609) Voy. à ce sujet, *infra*, n° 12.

(610) Voy. notamment, *infra*, n° 11.

(611) Voy. l'arrêt du 21 décembre 1954, aff. n° 1-54, *République française c. Haute Autorité*, *Rec.*, I, p. 7, 30 ; l'arrêt du 14 décembre 1962, aff. jtes n°s 16 et 17-62, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes*, *Rec.*, VIII, p. 901, 917. Voy. sur ces arrêts, *supra*, n° 8. Voy. aussi l'arrêt du 9 mars 1978, aff. n° 79-77, *Kühlhauszentrum*, *Rec.*, 1978, p. 611, 619 (« s'il est vrai qu'à première vue le montant compensatoire appliqué à l'importation effectuée par la requérante au principal pourrait sembler être excessif (...), les termes exprès du règlement conduisent à ce résultat »). Voy. en fin les conclusions Lagrange, aff. n° 8-55, *Fédération charbonnière de Belgique*, *Rec.*, II, p. 263-264 : « qu'il s'agisse de traités internationaux ou de lois internes, il est un principe communément admis (...), c'est qu'il n'y a lieu à interprétation et à recherche de l'intention présumée des auteurs du texte qu'en cas d'obscurité ou d'ambiguïté du texte et que la lettre, lorsqu'elle est formelle, doit toujours prévaloir ».

(612) Arrêt du 16 décembre 1960, aff. n° 6-60, *Humblet*, *Rec.*, VI, p. 1125, 1154 ; arrêt du 23 février 1961, *Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg*, aff. n° 30-59, *Rec.*, VII, p. 1, 39-40 ; arrêt du 15 juillet 1963, aff. n° 25-62, *Plaumann*, *Rec.*, IX, p. 199, 222.

(613) Arrêt du 16 décembre 1963, aff. n° 14-63, *Forges de Clabecq*, *Rec.*, IX, p. 719, 749 à 751.

(614) Arrêt *Forges de Clabecq*, précité.

(615) Conclusions Roemer, aff. jtes n°s 73 et 74-63, Internationale et *Puttershoek*, *Rec.*, X, p. 40.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
6. - L'interprétation des traités internationaux et du droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

lement en droit international qu'il faut donner la préférence au texte qui impose aux parties le minimum d'obligations (616). Cette règle d'interprétation ne trouve pas de justification en droit communautaire étant donné l'objectif d'aboutir à une intégration toujours croissante entre les États membres (617). Par ailleurs, il ne saurait être question de faire varier l'interprétation en fonction de la version linguistique applicable en l'espèce au risque de mettre en danger l'application uniforme du droit communautaire (618). C'est pourquoi, lorsqu'une disposition n'est pas claire, la Cour l'interprète en fonction des termes utilisés dans les autres versions officielles (619). Le choix entre les différentes versions se fait en prenant en considération l'économie générale et le but poursuivi par la disposition (620). Si l'interprétation la moins contraignante pour les sujets de droit suffit à assurer les objectifs que se propose la décision à interpréter, c'est elle qui prévaudra (621).

12. *Les travaux préparatoires*. Les travaux préparatoires revêtent une importance différente selon qu'il s'agit d'interpréter le traité ou le droit dérivé.

Si, dans certains de ses arrêts anciens, la Cour a recherché la volonté commune des auteurs du traité en se fondant sur les travaux préparatoires (622), elle ne s'est, même alors, jamais appuyée exclusivement sur cet élément d'interprétation. La raison en est simple : les Communautés visant à une intégration croissante, une interprétation fondée sur la situation de départ serait inadaptée (623). En outre, les travaux préparatoires du traité n'ont jamais fait l'objet d'une publication officielle.

Les motifs qui s'opposent à la prise en considération des travaux préparatoires pour l'interprétation du traité ne sont pas applicables en ce qui concerne le droit dérivé. Aussi la Cour n'a-t-elle pas hésité à y faire recours lorsque c'était nécessaire. Ainsi, dans l'affaire *Stauder*, elle a tenu compte de ce que la « volonté réelle » de la Commission avait été de se rallier à une modification proposée par le comité de gestion pour

(616) Affaire *Mavrommatis*, Cour permanente de justice internationale, série A, n° 2, p. 19.

(617) W.J. Ganshof van der Meersch, p. 274.

(618) H. Kutscher, rapport précité, p. I-18.

(619) Arrêt du 1er décembre 1965, aff. n° 16-65, *Schwarze*, *Rec.*, 1965, p. 1081, 1097 ; arrêt du 5 décembre 1967, aff. n° 19-67, *Van der Vecht*, *Rec.*, 1967, p. 445, 456.

(620) Arrêt du 12 novembre 1969, aff. n° 29-69, *Stauder*, *Rec.*, 1969, p. 419, 424-425 ; arrêt du 27 octobre 1977, aff. n° 30-77, *Bouchereau*, *Rec.*, 1977, p. 1999, 2010 ; première chambre, arrêt du 4 mars 1982, aff. n° 38-81, *Effer*, *Rec.*, 1982, p. 825, 834.

(621) Arrêt *Stauder*, précité.

(622) Arrêt du 16 décembre 1960, aff. n° 6-60, *Humblet*, *Rec.*, VI, p. 1125, 1155 ; conclusions Lagrange, aff. n° 8-55, *Fédération charbonnière de Belgique*, *Rec.*, II, p. 252.

(623) H. Kutscher, rapport cité, p. I – 22, P. Pescatore, Intervention sur les principes d'interprétation suivis par la Cour, *Dix ans de jurisprudence*, p. 201, 209 et suiv. ; C.J. Mann, *The Function of Judicial Decision in European Economic Integration*, La Haye, 1972, p. 229.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
6. - L'interprétation des traités internationaux et du droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

préférer, parmi les différentes versions officielles, celle qui reflétait cette intention (624).

De même, dans l'interprétation du tarif douanier commun, la Cour de justice a pris en considération la « nomenclature de Bruxelles » établie par la convention du 15 décembre 1960 sur la nomenclature pour la classification des marchandises dans les tarifs douaniers. Tous les États membres avaient adhéré à cette convention, qui avait servi de base à l'établissement des classifications du tarif commun (625).

Ceci ne signifie pas qu'il soit permis d'avoir égard à l'opinion de membres individuels du Conseil ou de la Commission, et encore moins de celle de membres des services de la Commission, quel que puisse avoir été le degré de leur participation à la préparation du texte. En effet, ce qu'il importe d'établir, c'est la volonté de l'institution, auteur du texte et non celle de certains de ses membres (626).

13. *La pratique subséquente*. On admet, en droit international, que l'application des dispositions d'un traité ainsi que la pratique suivie dans cette application peuvent être prises en considération pour son interprétation (627). Cette règle ne joue qu'un rôle limité en droit communautaire. En effet, le rôle de la Cour consiste à assurer le respect du droit dans l'application du traité, tant par les États membres que par les institutions. La conclusion d'un accord dérogatoire entre États membres ou l'adoption d'une décision du Conseil, sans respecter les règles prévues pour la révision du traité (628), ne saurait lier la Cour (629).

Dès lors, si la Cour a parfois tenu compte de l'application donnée, c'est uniquement dans la mesure où l'interprétation qui s'en dégageait venait confirmer celle à laquelle elle avait abouti de manière indépendante (630).

Pas plus que des mesures d'exécution, des déclarations émanant de fonctionnaires d'une institution ou des interprétations officieuses

(624) Arrêt *Stauder*, précité, *Rec.*, 1969, p. 419, 425.

(625) Arrêt du 8 décembre 1970, aff. n° 14-70, *Deutsche Bakels*, *Rec.*, 1970, p. 1001, 1009.

(626) Conclusions Warner, aff. n° 28-76, *Milac*, *Rec.*, 1976, p. 1665, aff. n° 136-79, *National Panasonic*, *Rec.*, 1980, p. 2066 et aff. jtes n°s 824 et 825-79, *Prodotti Alimentari Folci*, *Rec.*, 1980, p. 3066.

(627) Art. 31, § 3, de la convention de Vienne sur le droit des traités. Voy. *supra*, n° 1.

(628) Article 236.

(629) Arrêt du 3 février 1976, aff. n° 59-75, *Manghera*, *Rec.*, 1976, p. 91, 102 ; arrêt du 8 avril 1976, aff. n° 43-75, *Defrenne*, *Rec.*, 1976, p. 455, 459. Voy. à ce propos *supra*, n° 1. Voy. aussi conclusions Warner, aff. jtes n°s 80 et 81-77, *Commissionnaires réunis*, *Rec.*, 1978, p. 955 : « À notre avis, le fait de savoir ce que le Conseil estimait en fait relever de sa compétence propre dans certains cas particuliers ne peut être d'aucune utilité pour la Cour, lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est, en vertu d'une interprétation correcte du traité, la portée des pouvoirs du Conseil. »

(630) Arrêt du 4 avril 1962, aff. n° 13-61, *Bosch*, *Rec.*, VIII, p. 89, 106 ; arrêt du 3 mars 1971, aff. n° 51-70, *Lütticke*, *Rec.*, 1971, p. 121, 129-130 ; arrêt du 14 juillet 1971, aff. n° 13-71, *Henck*, *Rec.*, 1971, p. 767, 775.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
6. - L'interprétation des traités internationaux et du droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

données par celle-ci ne sauraient lier la Cour (631). Il en est de même des déclarations que le Conseil fait inscrire au procès-verbal à l'occasion de l'adoption de certains actes (632). De telles déclarations n'ont qu'une valeur politique et ne font l'objet d'aucune publication officielle.

14. *Le droit comparé*. Le traité et le droit communautaire dérivé ont souvent recours à des notions qui se retrouvent en droit interne (633). Dans certains cas, il est clair que ces notions renvoient au droit interne d'un des États membres ; la Cour doit alors se livrer à un examen de ce droit (634). Toutefois, la Cour considère qu'en l'absence d'un renvoi explicite ou implicite au droit national, les notions du droit communautaire doivent être considérées comme ayant un contenu autonome et que, pour le déterminer, il faut se référer aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes de droit nationaux (635). Elle est assistée dans cette tâche par ses avocats généraux, dont les conclusions contiennent souvent des analyses approfondies de droit comparé (636).

Il arrive que le traité prévoie explicitement le recours aux principes généraux communs aux droits des États membres. C'est le cas en ce qui concerne le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle (637). En pareille hypothèse, la tâche de la Cour consiste à déduire d'une comparaison des droits nationaux les principes qui lui paraissent les plus appropriés, compte tenu des impératifs propres de la structure communautaire (638). Lorsque le droit communautaire est muet quant à la solution à donner à un problème, la Cour ne se refuse pas à statuer (639) mais s'inspire, ici aussi, des « règles reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des pays membres » (640).

---

(631) Arrêt du 5 décembre 1963, aff. jtes n°s 53 et 54-63, *Lemmerz-Werke*, *Rec.*, IX, p. 487, 505 ; arrêt du 18 juin 1970, aff. n° 74-79, *Krohn*, *Rec.*, 1970, p. 451, 460.

(632) Conclusions Warner, aff. n° 109-76, *Blottner*, *Rec.*, 1977, p. 1154.

(633) Notions de « travailleur » à l'article 48, d'« entreprise » aux articles 85 et 86, d'« entreprise publique » à l'article 90, d'« aide » à l'article 92 ; notions de « force majeure », « jour d'importation », « lieu de destination »,... dans les règlements agricoles.

(634) Voy. l'arrêt du 20 mars 1959, aff. n° 18-57, *Nold*, *Rec.*, V, p. 89, 110 et 111. Au sujet de cet arrêt, voy. *supra*, n° 4.

(635) Voy. à ce sujet, *supra*, n° 4.

(636) Voy. notamment, sur la notion de « détournement de pouvoir », les conclusions Lagrange, aff. n° 3-54, *Assider*, *Rec.*, I, p. 143 ; sur la notion d'« association d'entreprises », les conclusions Roemer, aff. n° 67-63, *Sorema*, *Rec.*, X, p. 333 ; sur la notion de « validité » en droit administratif, les conclusions Roemer, aff. jtes n°s 73 et 74-63, *Internationale et Puttershoek*, *Rec.*, X, p. 40 ; sur la notion de « désistement justifié par l'attitude de l'autre partie », les conclusions Roemer, aff. jtes n°s 79 et 82-63, *Reynier et Erba*, *Rec.*, X, p. 547-548 ; sur la notion d'« intérêt direct », les conclusions Roemer, aff. n° 1-64, *Glucoseries Réunies*, *Rec.*, X, p. 833-835.

(637) Art. 178 et art. 215, al. 2.

(638) Voy. à ce sujet, *infra*, l'analyse de l'article 178.

(639) Voy., *supra*, n° 7.

(640) Arrêt du 12 juillet 1957, aff. jtes n°s 7-56 et 3 à 7-57, *Algera*, *Rec.*, III, p. 81, 115.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
6. - L'interprétation des traités internationaux et du droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Ce recours à la comparaison des droits internes afin de déterminer le contenu et la portée des règles communautaires applicables a reçu un accueil favorable de la part de la doctrine (641). Toutefois, dans un arrêt récent, considérant que le recours à des dispositions de l'ordre juridique interne pour « limiter la portée des dispositions du droit communautaire » ne saurait être admis, la Cour a rejeté l'argument du gouvernement défendeur, selon lequel la convergence du droit constitutionnel des États membres quant à l'admissibilité aux emplois publics devrait servir d'élément d'interprétation de l'article 48, § 4, du traité, qui exclut de la libre circulation des travailleurs les emplois dans l'administration publique (642). Cette motivation nous paraît critiquable. Lorsque le traité se sert de notions qui sont visiblement empruntées aux droits internes, il est légitime de tenir compte de l'interprétation qui leur est donnée dans ces droits, même si cela peut avoir pour effet de limiter leur portée et de faire échec à leur application en l'espèce.

15. *L'interprétation systématique*. Lorsque le sens d'une disposition n'apparaît pas clairement à la lecture du texte, la Cour examine son contexte. Elle recherche les rapports qui l'unissent aux autres dispositions de l'acte dont elle fait partie. Ainsi, si elle constate qu'il s'agit d'une exception à une règle générale, elle lui donnera une interprétation restrictive (643). Au contraire, si la disposition à interpréter met en œuvre un principe fondamental, elle recevra une interprétation extensive (644).

L'interprétation systématique revêt une importance très grande dans la jurisprudence de la Cour de justice. Son utilisation correspond aux particularités de l'ordre juridique communautaire. En effet, le traité se borne essentiellement à définir des objets et des orientations. Le juge est dès lors fréquemment appelé à se référer au système d'ensemble et aux lignes directrices qui les sous-tendent lorsqu'il doit préciser le sens de dispositions particulières (645).

---

(641) Voy. parmi les nombreux auteurs qui se sont prononcés en ce sens : A. Tizzano, p. 41 à 57 ; J. Boulouis et R.M. Chevallier, p. 79 à 82 ; P.J.M. Kapteyn et P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities after the Accession of New Member States*, Londres, Deventer, 1973, p. 94-95 ; H. Kutscher, rapport précité, p. I-23 à I-29 ; W.J. Ganshof van der Meersch, p. 148 à 151.

(642) Arrêt du 17 décembre 1980, aff. n° 149-79, *Commission c. Belgique (libre circulation des travailleurs)*, *Rec.*, 1980, p. 3881, 3903.

(643) Arrêt du 4 juillet 1963, aff. n° 24-62, *République fédérale d'Allemagne c. Commission (Vins à distiller)*, *Rec.*, IX, p. 129, 142.

(644) Arrêt du 21 juin 1974, aff. n° 2-74, *Reyners*, *Rec.*, 1974, p. 631, 650 ; arrêt du 3 février 1976, aff. n° 59-75, *Manghera* et arrêt du 17 février 1976, aff. n° 91-75, *Miritz*, *Rec.*, 1976, p. 91, 100, 217 et 231 ; arrêt du 23 mars 1982, aff. n° 53-81, *Levin*, *Rec.*, 1982, p. 1035, 1049 et 1050.

(645) H. Kutscher, rapport précité, p. I-36 ; A. Bredimas, *Methods of Interpretation and Community Law*, Amsterdam, 1978, p. 43-45.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
6. - L'interprétation des traités internationaux et du droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

16. *L'interprétation du droit communautaire dérivé au regard de sa conformité au traité*. Le droit communautaire dérivé doit, dans la mesure du possible, être interprété de façon compatible avec les règles du traité et avec les principes généraux du droit. Si un acte est susceptible de recevoir plusieurs interprétations, dont certaines aboutiraient à son incompatibilité avec une règle supérieure de droit, la Cour l'interprète de manière à éviter un tel résultat (646). C'est en vertu de ce principe que la Cour, lorsqu'elle est saisie de questions préjudicielles de validité, commence souvent par interpréter l'acte en cause en vue de rechercher s'il n'est pas possible de lui donner une interprétation assurant sa conformité au traité (647).

17. *Le rôle de l'équité*. La Cour tient parfois compte de l'équité lorsqu'il s'agit de choisir entre deux interprétations possibles d'un texte. Ainsi, elle a considéré que « l'équité exige que soit appliqué pour la conversion » d'une taxe à l'exportation imposée par un règlement communautaire « le taux de change qui, à l'époque, était moins onéreux pour le justiciable » (648). Toutefois, la Cour ne considère pas qu'il lui soit possible d'ajouter au texte clair d'un règlement afin de faire droit aux besoins d'équité éventuellement inhérents à des cas particuliers (649).

18. *L'interprétation téléologique*. L'interprétation téléologique, ou finaliste, joue un rôle de premier plan dans la jurisprudence de la Cour. Il y a plusieurs raisons à cela.

En premier lieu, l'interprétation littérale n'a qu'une importance limitée dans le contexte communautaire, compte tenu du caractère multilingue du droit applicable et des risques de divergences qui en résultent entre les versions officielles (650). En outre, les textes à appliquer souffrent souvent d'une rédaction défectueuse, due au fait qu'ils sont le résultat de compromis entre des dispositions nationales divergentes.

Ensuite, la structure même des traités incite l'interprète à prendre en considération les finalités qu'ils poursuivent. De nombreuses dispositions prescrivent en effet expressément les objectifs à réaliser (651). Dans cette

(646) Voy. notamment l'arrêt du 9 juin 1964, aff. n° 92-63, *Moebs*, *Rec.*, X, p. 557, 574 ; l'arrêt du 15 juillet 1964, aff. n° 100-63, *Van Der Veen*, *Rec.*, X, p. 1105, 1124 ; l'arrêt du 7 mai 1969, aff. n° 28-68, *Torrekens*, *Rec.*, 1969, p. 125, 135 ; deuxième chambre, arrêt du 20 février 1975, aff. n° 21-74, *Airola*, *Rec.*, 1975, p. 221, 228-229.

(647) Voy. à ce sujet, *infra*, l'analyse de l'article 177, n° 5.

(648) Arrêt du 1er février 1978, aff. n° 78-77, *Lührs*, *Rec.*, 1978, p. 169, 180 ; voy. aussi l'arrêt du 5 février 1976, aff. n° 94-75, *Süddeutsche Zucker*, *Rec.*, 1976, p. 153, 159 : « attendu que si le deuxième paragraphe de l'article 1 du règlement 142/69 ne fait pas expressément mention du sucre balayé, tant la logique que l'équité font néanmoins estimer qu'il doit être déduit de la production visée au premier paragraphe de l'article ».

(649) Arrêt *Lührs*, précité, *ibid.*, p. 181.

(650) Voy., *supra*, n° 11.

(651) Voy. notamment les articles 2, 3, 29, 39, 110, 117 et 132.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
6. - L'interprétation des traités internationaux et du droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

mesure, l'interprétation téléologique se confond avec l'interprétation littérale et l'interprétation systématique (652).

Un troisième facteur résulte de la lourdeur du processus législatif. Le Conseil est maintes fois bloqué par des oppositions entre intérêts nationaux. Il appartient alors à la Cour de combler les lacunes résultant de la carence législative en tenant compte de la nécessité d'assurer le fonctionnement des Communautés conformément à leur finalité.

Enfin, l'interprétation téléologique convient le mieux au caractère dynamique de la construction communautaire. Les traités ne mettent pas en place un système complet de normes destinées à régir, de manière immuable, toutes les situations susceptibles d'entrer dans ses prévisions. À de nombreux égards, ils présentent un aspect inachevé, se bornant à indiquer les lignes de base et les objectifs à atteindre, et laissant à l'action des institutions le soin d'une mise en œuvre plus détaillée. Ce caractère de « traité-cadre » justifie, lui aussi, l'importance donnée à la méthode téléologique dans son interprétation (653).

Bien souvent, la Cour se sert de la méthode téléologique pour confirmer l'interprétation à laquelle elle a abouti sur la base d'une analyse du texte (654). Souvent aussi, elle y a recours lorsqu'il y a lieu de choisir entre plusieurs versions linguistiques (655). Il en va de même lorsque l'interprétation littérale conduit à un résultat « absurde » (656) ou lorsque, de manière générale, elle ne permet pas d'aboutir à des conclusions sûres (657).

---

(652) H. Kutscher, rapport cité, p. I-39 et 40.

(653) Sur la méthode téléologique et sa justification, voy. : C.R.C. Wijckerheld Bisdom « Les principes d'interprétation suivis par la Cour », *in Dix ans de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 188, 191 ; G. Vandersanden, « Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans le processus d'intégration communautaire », *Aussenwirtschaft*, 1970, p. 403 ; C.J. Mann, *The Function of Judicial Decision in European Economic Integration*, *op. cit.*, p. 233 ; P. Pescatore, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice », *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, 1972, tome II, p. 325 ; R. Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruxelles, 1976, p. 241 à 247 ; A. Bredimas, *Methods of Interpretation and Community Law*, *op. cit.*, p. 70 à 96 ; H. Kutscher, rapport cité, p. I-39 à 42 ; F. Dumon, « La jurisprudence de la Cour de justice – Examen critique des méthodes d'interprétation », *Rencontre judiciaire et universitaire*, 27-28 septembre 1976, Luxembourg, p. III-80 à 86 ; A.G. Chloros, « The Renovating Role of the Court of Justice », *The Law of the European Communities and Greece*, *Thesaurus Acroasium*, VIII, 1980, p. 231 ; J. Steenbergen, « Interpretatievragen in het Europees Gemeenschapsrecht », *Rechtfilosofie en rechttheorie*, 1981, p. 117, 120 ; J. Mertens de Wilmars, « Le rôle de la Cour de justice dans l'évolution du droit européen », *J.T.*, 1982, p. 115, 116 ; W. Van Gerven, « La contribution du pouvoir judiciaire à l'intégration de la Communauté économique européenne », *J.T.*, 1982, p. 244 ; W.J. Ganshof van der Meersch, p. 286 à 294.

(654) Arrêt du 21 décembre 1954, aff. n° 1-54, *République française c. Haute Autorité*, *Rec.*, I, p. 7, 30 ; arrêt du 16 décembre 1960, aff. n° 6-60, *Humblet*, *Rec.*, VI, p. 1125, 1154.

(655) Voy., *supra*, n° 11.

(656) Voy., *supra*, n° 10.

(657) Arrêt du 19 mars 1964, aff. n° 11-63, *Lepape*, *Rec.*, X, p. 121, 136 ; arrêt du 28 octobre 1981, aff. jtes n°s 275-80 et 24-81, *Krupp*, *Rec.*, 1981, p. 2489, 2515.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
6. - L'interprétation des traités internationaux et du droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La Cour tient aussi compte des objectifs de la disposition lorsqu'elle a à choisir entre une interprétation restrictive et une interprétation extensive (658) ou lorsqu'il s'agit pour elle de décider si elle procédera à une interprétation par analogie (659) ou *a contrario* (660).

Enfin, il arrive que l'interprétation téléologique amène la Cour à donner à des termes identiques une interprétation différente en fonction des objectifs poursuivis par les actes dont ils font partie. Ainsi, dans son arrêt *Polydor*, la Cour a considéré que les mots « mesure d'effet équivalent » n'avaient pas la même portée dans l'accord commercial du 22 juillet 1972 entre la C.E.E. et le Portugal et dans l'article 30 du traité (661).

19. *Effet utile et effet nécessaire*. Le principe de l'effet utile est, en droit communautaire, étroitement rattaché à la méthode d'interprétation téléologique. En effet, il ne s'agit pas d'une simple application de la règle *ut res magis valeat quam pereat*. Le principe de l'effet utile, en droit communautaire, vise à faire produire à la disposition la plus grande efficacité possible, conformément à son objectif (662). Ainsi, dans l'arrêt *Grad*, la Cour de justice a considéré que l'effet utile d'une décision adressée aux États membres « se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice » (663) : or, même sans applicabilité directe, la décision aurait eu un effet utile.

La Cour ne s'en est pas tenue au principe de l'effet utile, même dans l'acception extensive qu'elle lui a reconnue. Elle a franchi un pas de plus, considérant que, dans certains cas, les règles établies par le droit communautaire impliquent nécessairement les normes sans lesquelles ces règles ne peuvent être appliquées utilement ou raisonnablement (664). Dans son célèbre arrêt *A.E.T.R.*, elle a considéré que la mise en vigueur à l'intérieur de la Communauté de règles régissant le temps de travail des équipages routiers avait eu « pour effet nécessaire » d'attribuer à la Communauté la compétence de conclure des accords internationaux en cette matière avec les États tiers (665).

(658) Arrêt du 15 novembre 1972, aff. n° 27-72, *Aimer*, *Rec.*, 1972, p. 1091, 1098 (« Une interprétation plus restrictive (...) irait au-delà des objectifs recherchés et doit de ce fait être écartée »).

(659) Arrêt du 5 juillet 1978, aff. n° 138-77, *Hermann Ludwig*, *Rec.*, 1978, p. 1623, 1637, et les conclusions Warner, p. 1642. Voy. aussi K. Mortelmans, « Les lacunes en droit communautaire », *Cah. dr. eur.*, 1971, p. 410, 414-415.

(660) Arrêt du 29 novembre 1956, aff. n° 8-55, *Fédération charbonnière de Belgique*, *Rec.*, II, p. 291, 305 ; arrêt du 13 juin 1958, aff. n° 9-56, *Meroni*, *Rec.*, IV, p. 11, 26-27 (« Une argumentation *a contrario* n'est admissible que lorsqu'aucune autre interprétation ne s'avère adéquate et compatible avec le texte, le contexte et leur finalité »).

(661) Arrêt du 9 février 1982, aff. n° 270-80, *Polydor*, *Rec.*, 1982, p. 329.

(662) W.J. Ganshof van der Meersch, p. 281 ; H. Kutscher, rapport cité, p. I-41.

(663) Arrêt du 6 octobre 1970, aff. n° 9-70, *Grad*, *Rec.*, 1970, p. 825, 838.

(664) Arrêt du 29 novembre 1956, aff. n° 8-55, *Fédération charbonnière de Belgique*, *Rec.*, II, p. 291, 305 ; arrêts du 15 juillet 1960, aff. n° 20-59, *République italienne c. Haute Autorité*, *Rec.*, VI, p. 663, 688 et aff. n° 25-59, *Pays-Bas c. Haute Autorité*, *Rec.*, VI, p. 723, 757-758.

(665) Arrêt du 31 mars 1971, aff. n° 22-70, *Commission c. Conseil (A.E.T.R.)*, *Rec.*, 1971, p. 263.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
6. - L'interprétation des traités internationaux et du droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La démarche ainsi suivie ne consiste pas uniquement à faire produire à une disposition son efficacité maximale, mais à s'en servir comme fondement pour la reconnaissance de normes nouvelles considérées comme nécessaires pour sa pleine efficacité. La situation juridique acquise à un moment donné sur le plan communautaire sert ainsi de « point de départ à une démarche déductive qui en dégagerait l'effet nécessaire » (666).

20. *Le principe de la sauvegarde du fonctionnement de la Communauté*. La Cour n'admet pas que l'existence d'une lacune dans l'ordonnancement juridique communautaire puisse porter atteinte au fonctionnement de la Communauté. Ainsi, dans son avis 1/75, elle a considéré que la politique commerciale commune (art. 113 du traité) est conçue dans la perspective du fonctionnement du marché commun pour la défense de l'intérêt global de la Communauté. Selon la Cour, cette conception serait incompatible avec la liberté que les États membres pourraient se réserver en invoquant une compétence parallèle (667). De même, dans le domaine agricole, elle a considéré que le fait qu'une organisation commune des marchés n'avait pas été mise en place, ainsi que le prescrit l'article 40, avant la fin de la période transitoire, n'équivalait pas à un vide juridique que les États seraient en droit de combler en maintenant en vigueur des organisations nationales susceptibles d'entraver les échanges intracommunautaires (668). Dans l'affaire des pêcheries, elle a affirmé que, dans une situation créée par l'inaction du Conseil, les conditions dans lesquelles les États membres sont autorisés à adopter des mesures de conservation de leurs ressources halieutiques doivent être définies à l'aide de tous les éléments de droit disponibles, même s'ils sont fragmentaires, et en faisant appel, pour le surplus, aux principes de structure qui sont à la base de la Communauté. Ces principes exigent, ajoute-t-elle, que la Communauté soit maintenue, dans toutes les circonstances, en état de répondre à ses responsabilités, dans le respect des équilibres essentiels voulus par le traité (669).

* * *

(666) Voy. J. Boulouis et R.M. Chevallier, p. 106. Voy. aussi A. Bredimas, *op. cit.*, p. 79; H. Kutscher, rapport cité, p. I-41; W.J. Ganshof van der Meersch, p. 290.

(667) H. Kutscher, rapport cité, p. I-42.

(668) Arrêt du 10 décembre 1974, aff. n° 48-74, *Charmasson*, *Rec.*, 1974, p. 1383, 1394-1395; arrêt du 16 mars 1977, aff. n° 68-76, *Commission c. France (pommes de terre)*, *Rec.*, 1977, p. 515, 531.

(669) Arrêt du 5 mai 1981, aff. n° 804-79, *Commission c. Royaume-Uni (Pêcheries)*, *Rec.*, 1981, p. 1045, 1074. Voy. sur cet arrêt, K. Mortelmans, « Les lacunes en droit communautaire », *Cah. dr. eur.*, 1981, p. 410, 430; J. Mertens de Wilmars, « Nationale maatregelen ter uitvoering of ter aanvulling van het Gemeenschapsrecht », *In Orde*, *Liber Amicorum P. Verloren van Themaat*, Deventer, 1982, p. 167, 174.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
6. - L'interprétation des traités internationaux et du droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Je soulignai par la même occasion l'importance du rôle joué par la Cour de justice dans le développement du droit communautaire, non sans mettre en garde contre le risque d'activisme auquel une application trop extensive de la méthode téléologique pourrait l'exposer.

***Commentaire J. Mégret, le droit de la Communauté économique européenne*, Volume 10, *La Cour de justice et les actes des institutions*, Section IV, « La Cour et le développement du droit communautaire »,**
Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1993, pp. 18-24.

IV. LA COUR ET LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT COMMUNAUTAIRE

21. *L'activité créatrice de la Cour.* On s'accorde aujourd'hui pour considérer comme périmée l'idée selon laquelle le juge ne serait que « la bouche de la loi » et ne ferait qu'appliquer de manière automatique des solutions pré-établies aux cas qui lui sont soumis. La complexité et la variété des litiges, le caractère souvent insuffisant des lois et l'inévitable évolution des idées n'ont pas permis à cette conception, issue de l'idéologie de la révolution française, de se maintenir. La mission du juge est par essence créatrice. Chargé d'appliquer la loi, il doit nécessairement l'interpréter, et cette interprétation exige de sa part un choix entre plusieurs solutions possibles.

Ce rôle créateur du juge se manifeste de manière particulièrement frappante en droit communautaire. Il y a à cela deux raisons principales. D'abord, le législateur européen est maintes fois empêtré dans la défense d'intérêts nationaux et se voit souvent, de ce fait, dans l'incapacité d'édicter des règles juridiques pourtant indispensables. Il en résulte que le droit européen présente, plus souvent que le droit national, des lacunes qu'il appartient au juge de combler. En outre, l'ordre juridique européen est plus récent que l'ordre juridique national ; il existe dès lors une probabilité plus grande que la règle appropriée n'ait pas encore été adoptée (670).

Se fondant sur l'interprétation systématique et téléologique des dispositions du traité ainsi que sur les principes de l'effet utile et de l'effet nécessaire (671), la Cour a pleinement saisi l'occasion qui lui était donnée de contribuer au développement du droit communautaire. Son activité s'est développée principalement dans deux directions : l'interprétation

(670) W. Van Gerven, « La contribution du pouvoir judiciaire à l'intégration de la Communauté économique européenne », *J.T.*, 1982, p. 244.
(671) Voy. à ce sujet, *supra*, n° 15 à 18.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
6. - L'interprétation des traités internationaux et du droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

large des dispositions fondamentales du traité et la création d'un ordre juridique nouveau.

22. *L'interprétation large des dispositions fondamentales du traité.* La Cour a généralement eu tendance à donner une interprétation large au champ d'application du traité de même qu'aux notions fondamentales sur lesquelles se fonde la compétence des institutions communautaires.

Ainsi, saisie de la question de savoir si les règlements relatifs à la sécurité sociale s'appliquent aux travailleurs ayant la nationalité d'un État membre mais ayant accompli leur carrière dans un territoire d'outre-mer relevant d'un autre État membre, la Cour n'a pas tenu compte de l'argument déduit de l'intention présumée des auteurs du traité, telle qu'elle se manifeste à l'article 135 (qui renvoie la solution de ce problème à des conventions à conclure entre États membres), mais elle affirma l'applicabilité de plein droit des règles communautaires à ces travailleurs (672). De même, malgré le texte de l'article 227, § 2, du traité qui prévoit qu'il incombe au Conseil de déterminer, dans les deux ans de l'entrée en vigueur du traité, « les conditions d'application » de l'article 95 aux départements d'outre-mer et qui semblait ainsi réserver au Conseil une certaine marge d'appréciation quant aux modalités selon lesquelles cette application devait se faire, la Cour décida que l'expiration du délai de deux ans rendait l'article 95 applicable de plein droit aux départements d'outre-mer, même en l'absence de toute décision du Conseil (673).

Le Cour a donné une interprétation large aux notions de « taxe d'effet équivalant à un droit de douane » (674), de « mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative » (675), de « travailleur » (676), de « pratique concertée entre entreprises » (677), d'« atteinte au commerce entre États

(672) Arrêt du 31 mars 1977, aff. n° 87-76, *Bozzone*, *Rec.*, 1977, p. 687, 696.

(673) Arrêt du 10 octobre 1978, aff. n° 148-77, *Hansen*, *Rec.*, 1978, p. 1787, 1805-1806.

(674) Voy. spécialement l'arrêt du 1er juillet 1969, aff. jtes nos 2 et 3-69, *Sociaal fonds voor de diamantarbeiders*, *Rec.*, 1969, p. 211, 225 ; l'arrêt du 14 décembre 1972, aff. n° 29-72, *Marimex*, *Rec.*, 1972, p. 1309, 1319 ; l'arrêt du 19 juin 1973, aff. n° 77-72, *Capolongo*, *Rec.*, 1973, p. 611, 624 ; l'arrêt du 11 octobre 1973, aff. n° 39-73, *Rewe-Zentral*, *Rec.*, 1973, p. 1039, 1044 ; l'arrêt du 18 juin 1975, aff. n° 94-74, *IGAV*, *Rec.*, 1975, p. 699, 710 à 712.

(675) Voy. spécialement l'arrêt du 11 juillet 1974, aff. n° 8-74, *Dassonville*, *Rec.*, 1974, p. 837, 852 ; les arrêts du 26 février 1976, aff. n° 65-75, *Tasca*, *Rec.*, 1976, p. 291, 309 et aff. jtes nos 88 à 90-75, *SADAM*, *Rec.*, 1976, p. 323, 340 ; l'arrêt du 20 février 1979, aff. n° 120-78, *Rewe-Zentral (cassis de Dijon)*, *Rec.*, 1979, p. 649, 660-664.

(676) Voy. notamment l'arrêt du 19 mars 1964, aff. n° 75-63, *Unger*, *Rec.*, X, p. 349, 362-363.

(677) Arrêt du 16 décembre 1974, aff. jtes nos 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73, *Suiker-Unie*, *Rec.*, 1975, p. 1663, 1942.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
6. - L'interprétation des traités internationaux et du droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

membres » (678), d'« aide d'État » (679), d'« imposition intérieure discriminatoire » (680)...

À l'inverse, la Cour a systématiquement attribué une portée restreinte aux dispositions permettant aux États membres de déroger aux règles du traité, telles que l'article 36 (681), l'article 55, alinéa 1er (682), ou l'article 48, § 4 (683).

23. *La création d'un ordre juridique nouveau*. Le dynamisme de la Cour n'est pas resté limité à l'interprétation des dispositions de fond du traité. La Cour a, au fil de sa jurisprudence, élaboré progressivement les grands traits d'un ordre juridique nouveau, indépendant par rapport aux ordres juridiques des États membres. En affirmant que « la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants » (684), la Cour de justice à jeté les prémisses indispensables aux théories de *l'applicabilité directe* et de la *primauté* du droit communautaire.

L'importance de ces théories ne saurait être sous-estimée (685).

L'attribution d'un effet direct à la norme communautaire engendre « le droit pour toute personne de demander à son juge de lui appliquer traités, règlements, directives ou décisions communautaires » et entraîne parallèlement « l'obligation pour le juge de faire usage de ces textes quelle que soit la législation du pays dont il relève » (686).

Le droit communautaire est ainsi devenu une réalité concrète et vivante, fournissant au citoyen européen un ensemble de prérogatives pouvant être directement invoquées devant le juge interne tant à l'encontre de l'autorité publique que dans les rapports avec d'autres particuliers.

---

(678) Arrêt du 30 juin 1966, aff. nº 56-65, *Société technique minière*, *Rec.*, 1966, p. 337, 359.

(679) Arrêt du 2 juillet 1974, aff. nº 173-73, *Italie c. Commission (Allocations familiales dans le secteur textile)*, *Rec.*, 1974, p. 709, 719.

(680) Arrêt du 27 février 1980, aff. nº 168-78, *Commission c. France (eaux-de-vie)*, *Rec.*, 1980, p. 347, 359 à 363.

(681) Arrêt du 19 décembre 1961, aff. nº 7-61, *Commission c. Italie (viande porcine)*, *Rec.*, IX, p. 633, 657.

(682) Arrêt du 21 juin 1974, aff. nº 2-74, *Reyners*, *Rec.*, 1974, p. 631, 655-656.

(683) Arrêt du 17 décembre 1980, aff. nº 149-79, *Commission c. Belgique (Libre circulation des travailleurs)*, *Rec.*, 1980, p. 3881, 3903.

(684) Arrêt du 5 février 1963, aff. nº 26-62, *Van Gend en Loos*, *Rec.*, IX, p. 1, 23 ; arrêt du 15 juillet 1964, aff. nº 6-64, *Costa c. E.N.E.L.*, *Rec.*, X, p. 1141, 1159.

(685) Sur les notions d'applicabilité directe et de primauté, voy., *infra*, le commentaire des articles 189 à 192.

(686) R. Lecourt, *L'Europe des juges*, *op. cit.*, p. 248.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
6. - L'interprétation des traités internationaux et du droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Le justiciable européen est en mesure de demander à son juge de constater et de sanctionner l'incompatibilité entre une norme interne et une norme communautaire directement applicable. Ce contrôle s'ajoute à celui que la Commission exerce par la procédure de l'article 169.

De son côté, la primauté reconnue au droit communautaire sur le droit interne a pour effet de renforcer considérablement l'efficacité de la norme communautaire. Les États membres se trouvent désormais dans l'impossibilité « de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi leur être opposable » (687).

L'effet combiné de la primauté et de l'applicabilité directe a pour conséquence « non seulement de rendre inapplicable de plein droit (...) toute disposition contraire de la législation nationale existante, mais encore (...) d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires » (688).

Il ne saurait être contesté qu'en établissant ces principes, la Cour a contribué d'une manière décisive au développement du droit communautaire.

24. *Limites à l'activité créatrice de la Cour.* Pour importante qu'elle soit, l'activité créatrice de la Cour connaît des limites. La vigueur avec laquelle l'accusation de « gouvernement des juges » a parfois été portée, et la vigueur égale avec laquelle les membres individuels de la Cour s'en défendent (689), montrent que, dans l'esprit de la majorité des juristes, la conscience d'une nette distinction entre la fonction législative et la fonction juridictionnelle continue d'exister.

S'il est légitime de recourir à l'interprétation téléologique, celle-ci ne doit pas prévaloir sur la clarté de la règle (690). En effet, poussée à l'extrême, l'interprétation téléologique risquerait de mettre en question la nature même de l'interprétation judiciaire (691).

La lenteur du processus législatif communautaire peut expliquer la tendance à combler par voie jurisprudentielle les lacunes des textes ; on ne saurait toutefois nier qu'elle renforce le danger d'un « gouvernement des juges », dans la mesure où elle rend plus difficile une intervention

(687) Arrêt *Costa c. E.N.E.L.*, précité, p. 1159.

(688) Arrêt du 9 mars 1978, aff. n° 106-77, *Simmenthal*, *Rec.*, 1978, p. 629, 643-644.

(689) Voy. notamment P. Pescatore, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice », Miscellanea *W.J. Ganshof van der Meersch*, *op. cit.*, II, p. 325, 326 ; H. Kutscher, « Abschied vom Gerichtshofe der Europäischen Gemeinschaften, *EuR*, 1981, p. 1, 3.

(690) R. Lecourt, *op. cit.*, p. 241.

(691) R. Monaco, « Les principes d'interprétation suivis par la Cour », *Dix ans de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 177, 180 et 184.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
6. - L'interprétation des traités internationaux et du droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

correctrice du législateur lorsque la jurisprudence s'écarte du consensus politique.

Dans l'ensemble, la Cour a eu conscience de ces limites. Ainsi, elle a considéré que le recours aux principes généraux du droit ne lui permettait pas d'édicter par voie jurisprudentielle une règle de prescription, la fixation du délai de celle-ci relevant de la compétence du législateur communautaire (692). De même, elle a rejeté des thèses dont la reconnaissance aurait abouti « non à une interprétation mais à une révision d'un texte clair et non ambigu » (693). Elle a estimé qu'il ne lui appartenait pas de s'exprimer sur l'opportunité du système de protection juridictionnelle prévu par le traité ni de suggérer de le réviser (694). Ce n'est qu'exceptionnellement, et dans des hypothèses heureusement limitées, qu'elle a été amenée, sous prétexte de les interpréter, à corriger des textes dont la portée était claire mais dont les résultats ne lui paraissaient pas raisonnables (695).

25. *Le rôle politique de la Cour.* De par la nature des pouvoirs qui sont les siens, la Cour est nécessairement amenée à jouer un rôle politique. Gardienne des traités, elle se voit parfois obligée de heurter de front certaines positions nationales. Confrontée de plus en plus fréquemment depuis quelques années aux tendances centrifuges et aux tentatives des États membres de reprendre les compétences qu'ils ont conférées à la Communauté, la Cour se doit de réagir en réaffirmant avec force les principes qui sont à la base du traité. Elle ne saurait admettre leur abrogation par désuétude.

Ceci la place souvent en position délicate et il n'est guère étonnant que ses décisions fassent l'objet de critiques. On ne saurait toutefois considérer qu'en agissant ainsi, elle sorte de son rôle. Investie par le traité de la mission d'arbitrer des conflits mettant en cause des intérêts politiques, elle ne saurait refuser de statuer sans commettre un déni de justice.

La Cour a d'ailleurs toujours pris garde de ne pas se substituer directement aux autorités chargées de mener l'action politique de la Communauté. Ainsi, dans l'affaire *Mattheus contre Doego* (696), elle a refusé de répondre à une demande d'interprétation préjudicielle portant sur la

(692) Arrêt du 15 juillet 1970, aff. n° 41-69, *ACF Chemiefarma*, *Rec.*, 1970, p. 661, 686.

(693) Arrêt du 3 mars 1982, aff. n° 14-81, *Alpha Steel*, *Rec.*, 1982, p. 749, 769.

(694) Voy. *supra*, n° 8.

(695) Arrêt du 3 février 1976, aff. n° 63-75, *Roubaix-Roux*, *Rec.*, 1976, p. 111, 121 ; arrêt du 1er février 1977, aff. n° 47-76, *De Norre-Concordia*, *Rec.*, 1977, p. 65, 93-94. Il semblerait bien que la Cour ait dépassé dans ces arrêts les limites inhérentes à l'activité juridictionnelle : voy. R.A.A. Duk, *Nieuwe ontwikkelingen in het Europees Kartelrecht*, Deventer, p. 89 ; M.R. Mok, Note, *S.E.W.*, 1976, p. 364, 366 ; A. Braun, A. Gleiss et M. Hirsch, *Droit européen des ententes*, Bruxelles, 1977, p. 249.

(696) Arrêt du 22 novembre 1978, aff. n° 93-78, *Rec.*, 1978, p. 2203, 2211.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
6. - L'interprétation des traités internationaux et du droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

définition des conditions juridiques de fond auxquelles est subordonnée l'adhésion de nouveaux États membres à la Communauté. Elle a considéré que les conditions juridiques de pareille adhésion doivent être définies dans le cadre de la procédure de négociation prévue à l'article 237, sans qu'il soit possible d'en fixer au préalable le contenu par voie judiciaire.

Toutefois, dans l'interprétation des textes communautaires, la Cour a manifesté une volonté « intégrationniste » dont le caractère politique ne saurait être nié. À cet égard, on peut se demander si l'accent mis sur la méthode d'interprétation téléologique ne l'a pas parfois amenée à dépasser assez sensiblement, non seulement les intentions primitives des auteurs du traité, mais aussi le consensus politique du moment. Le souci de la Cour de combler ce qui lui apparaissait comme des lacunes, et qui n'était parfois que la manifestation d'une volonté réfléchie des États membres de ne pas s'engager au-delà d'un certain point, l'a exposée au reproche d'« activisme » (697). Ainsi, le refus de tenir compte de l'interprétation « conservatrice » de la libre circulation des produits agricoles accueillie par les États membres lors des négociations d'adhésion du Royaume-Uni, du Danemark et de l'Irlande (698), en déclenchant la « guerre des moutons », allait entraîner une des plus graves crises que la Communauté ait connues, mettant en cause l'autorité de la Cour elle-même (699). De même, l'interprétation extensive donnée aux dispositions du traité Euratom, malgré le peu d'application pratique qui leur avait été donnée par les États membres, devait provoquer en France des réactions dont le caractère évidemment excessif ne doit pas dissimuler l'aspect inquiétant (700).

En conclusion, on peut affirmer que si la Cour est pleinement dans son rôle lorsqu'elle interprète le traité en fonction de ses finalités originaires et qu'elle maintient l'acquis communautaire à l'encontre des tendances à la désintégration (701), elle doit faire preuve de prudence et de modération, évitant la tentation qui consisterait soit à substituer sa propre

(697) I. Sinclair, « The Role of the European Court in the Light of it Evolving Jurisprudence », *The Interpretation of the Community Law and the Role of the European Court*, (United Kingdom Association for European Law), 1976, p. 18. Voy. aussi, C.J. Hamson, « Méthodes d'interprétation-Appréciation critique des résultats », *Rencontre judiciaire et universitaire*, Luxembourg, 1976, p. II-9 et suiv.

(698) Arrêt du 10 décembre 1974, aff. n° 48-74, *Charmasson*, *Rec.*, 1974, p. 1383 ; arrêts du 29 mars 1979, aff. n° 118-78, *Meijer*, *Rec.*, 1979, p. 1387 et aff. n° 231-78, *Commission c. Royaume-Uni (pomme de terre)*, *Rec.*, 1979, p. 1447 ; arrêt du 25 septembre 1979, aff. n° 232-78, *Commission c. France (viande ovine)*, *Rec.*, 1979, p. 2729.

(699) Voy. à ce sujet J.-V. Louis, G. Vandersanden et M. Waelbroeck, rapport cité, *in La Cour de Justice et les États membres*, *op. cit.*, p. 81 à 84.

(700) Délibération de la Cour du 14 novembre 1978, n° 1-78, *Rec.*, 1978, p. 2151. Voy. à ce sujet la proposition de loi Debré et Foyer, Assemblée nationale française, deuxième session extraordinaire 1978-1979, n° 917.

(701) P. Pescatore, « Aspects judiciaire de l'acquis communautaire », *Rev. trim. dr. eur.*, 1981, p. 617.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
6. - L'interprétation des traités internationaux et du droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

vision des objectifs communautaires à celle des auteurs du traité, soit à tenter de réaliser par la voie jurisprudentielle ce que les États membres ne paraissent pas disposés à accepter par la voie législative (702).

(702) U. Everling, « Das Europäische Gemeinschaftsrecht im Spannungsfeld von Politik und Wirtschaft », *Festschrift Hans Kutscher*, Baden-Baden, 1982, p. 155, 184-185. Voy. aussi T. Koopmans, « Problemen van de tweede generatie », *Liber Amicorum Josse Mertens de Wilmars*, Anvers, Zwolle, 1982, p. 119, 123-124.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
6. - L'interprétation des traités internationaux et du droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

7. *La recommandation comme source de droit communautaire*

Au début des années septante, la doctrine s'était demandé si une recommandation peut acquérir un caractère obligatoire du fait que l'État auquel elle est adressée se déclare explicitement d'accord de la respecter. Cette question recevait généralement, à l'époque, une réponse négative en droit communautaire, alors que le phénomène connaissait de nombreuses applications en droit international.

C'est pourquoi il me parut intéressant de souligner l'apparition, dans le droit des aides d'État, d'une jurisprudence consacrant cette possibilité. Il résulte en effet de certains arrêts rendus dans les années nonante que, lorsque la Commission fait une « proposition de mesure utile » au sens de l'article 88, paragraphe 1er, C.E. (ce qui est généralement considéré comme l'équivalent d'une recommandation) et que l'État destinataire l'accepte, il en résulte pour lui, en vertu du droit communautaire, une obligation de s'y conformer.

J'ai décrit cette évolution dans une étude consacrée à mon collègue et ami Jean-Victor Louis, soulignant non seulement son aspect novateur mais aussi les difficultés de principe qu'elle soulève, compte tenu du système des sources du droit communautaire.

Cette étude ne paraît pas avoir eu l'écho que j'avais espéré.

« Les propositions de mesures utiles : une nouvelle source de droit communautaire »,
Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis,
Bruxelles, Éditions de l'Universite de Bruxelles, 2003, pp. 617-623.

1. Vu l'intérêt qu'a toujours montré Jean-Victor Louis pour tout ce qui concerne l'ordre juridique communautaire (703), je voudrais consacrer

(703) Voy. notamment sa thèse d'agrégation intitulée *Les règlements de la Communauté économique européenne*, Bruxelles, 1969 ; voy. aussi *L'ordre juridique communautaire*, Perspectives européennes, 6e éd., Bruxelles-Luxembourg, *O.P.O.C.E.*, 1993, ainsi que ses analyses des

Université de Lorraine (193.50.135.4)
7. - La recommandation comme source de droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ces quelques lignes à l'examen d'un phénomène qui me paraît intéressant sous ce rapport, dans la mesure où il remet en cause certaines conceptions traditionnellement admises quant aux rapports entre les États membres et les institutions. Il s'agit, plus particulièrement, d'examiner si les États membres peuvent se voir soumis à des obligations de droit communautaire sans que les procédures spécifiques prévues à cet effet par le traité C.E. aient été suivies.

2. L'article 88, par. 1er, C.E. dispose :

> « La Commission procède avec les États membres à l'examen permanent des régimes d'aides existant dans ces États. Elle propose à ceux-ci les mesures utiles exigées par le développement progressif ou le fonctionnement du marché commun ».

3. Il est généralement admis que les « propositions de mesures utiles » constituent des recommandations au sens de l'article 249 du traité (704). Or, s'il n'est pas exclu qu'une recommandation puisse produire certains effets juridiques (705), personne ne songe à contester qu'en soi-même, il s'agit d'un acte dénué de force obligatoire (706).

Une recommandation ne saurait déroger aux dispositions du traité. Dans son arrêt *Deufil* (707), la Cour l'a confirmé dans les termes suivants :

> « Le code des aides (708) constitue des règles indicatives définissant la ligne de conduite que la Commission entend suivre et qu'elle demande aux États membres de respecter dans le domaine des aides au secteur des fibres et des fils synthétiques. Il n'a pas dérogé aux dispositions des articles 92 et 93 du traité et ne pouvait le faire » (709).

---

articles 189 à 191 du traité C.E.E. *in* J.-V. Louis, G. Vandersanden, D. Waelbroeck, M. Waelbroeck, *Commentaire J. Mégret, Le droit de la C.E.E.*, t. X, *La Cour de justice. Les actes des institutions*, 2e éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1993, p. 479-601.

(704) Conclusions Mayras, aff. 70/72, *Commission c. Allemagne*, *Rec.*, 1973, p. 834. Voy. déjà E. Wohlfarth, U. Everling, H.-J. Glaesner, R. Sprung, *Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, *Kommentar zum Vertrag*, Berlin, 1960, annotation 2 à l'article 93 ; U. Leanza in R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, *Commentario del Trattato C.E.E.*, Milan, 1965, t. II, p. 739-740.

(705) Voy. à ce sujet P. Soldatos, G. Vandersanden, « La recommandation, source indirecte du rapprochement des législations nationales dans le cadre de la Communauté économique européenne », *in Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1976, p. 95-151. Voy. aussi J.-V. Louis *in Commentaire J. Mégret*, t. X (cité *supra* note 1), p. 485 ; S. Van Raepenbusch, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris-Bruxelles, 1996, p. 262 ; F. Pocar, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Milan, 2001, p. 248.

(706) Ceci résulte d'ailleurs expressément de l'article 249, al. 5, du traité.

(707) Arrêt du 24 février 1987, aff. 310/85, *Deufil c. Commission*, *Rec.*, 1987, p. 901.

(708) Ce code avait été adopté par la Commission sur la base de l'article 93, par. 1er (aujourd'hui 88, par. 1er) du traité.

(709) Point 22.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
7. - La recommandation comme source de droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Certes, il serait excessif de dire qu'une recommandation ne constitue pas un acte juridique (710). Le seul fait qu'elle peut produire certains effets de droit (711) suffit à exclure une telle qualification. Toutefois, il paraît justifié de lui dénier le caractère d'une source du droit communautaire *stricto sensu* (712). La recommandation ne fait pas partie du « bloc de légalité » au regard duquel la Cour exerce son contrôle sur les actes de droit dérivé (713).

De même, une recommandation ne saurait faire l'objet d'un recours en annulation : le texte de l'alinéa 1er de l'article 230 l'exclut expressément. Il s'ensuit qu'une proposition de mesures utiles n'est pas un acte attaquable (714).

Il a été jugé que le refus, de la part de la Commission, de proposer des mesures utiles ne peut être contesté par les concurrents d'une entreprise bénéficiaire d'aide car de telles mesures ne constituent que des propositions auxquelles l'État n'est pas obligé de se soumettre ; seule la décision prise par la Commission au titre de l'article 88, par. 2, en cas de refus de l'État d'adopter lesdites mesures utiles, comporte un effet obligatoire et peut ouvrir la voie à un recours (715).

4. Une recommandation peut-elle acquérir un caractère obligatoire du fait de son acceptation par son destinataire ?

En droit international, la réponse est affirmative. Ainsi, on admet que l'engagement de l'État destinataire de respecter une recommandation adoptée par une organisation internationale a pour effet de conférer à la recommandation un caractère obligatoire. On considère en effet que, dans ce cas, la recommandation se transforme, du fait de son accepta-

(710) Ainsi que le fait P. Pescatore, « Les aspects fonctionnels de la C.E.E., notamment les sources du droit », *in Les aspects juridiques du Marché commun*, Liège, 1958, p. 63. A. Mangas Martín, D. Liñan Nogueras considèrent à juste titre que l'absence de caractère obligatoire des recommandations ne les prive pas du caractère d'acte juridique (*Instituciones y derecho de la Union europea*, Madrid, 1996, p. 376). Ainsi, la Cour de justice a accepté de répondre à des questions préjudicielles qui se rapportaient à l'interprétation de recommandations : arrêts du 15 juin 1976, aff. 113/75, *Frecassetti*, *Rec.*, 1976, p. 983, 993 ; du 13 décembre 1989, aff. C-322/88, *Grimaldi*, *Rec.*, 1989, p. 4407, et du 21 janvier 1993, aff. C-188/91, *Deutsche Shell*, *Rec.*, 1993, p. I-363, point 18.

(711) L'exemple des recommandations visées à l'article 97 du traité est fréquemment cité.

(712) J. Rideau, F. Picod, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, Paris, 2002, p. 77. Voy. déjà P.-H. J.M. Houben, *Les Conseils de ministres des Communautés européennes*, Leyde, 1964, p. 84 ; C. Constantinidès-Mégret, *Le droit de la Communauté économique européenne et l'ordre juridique des États membres*, Paris, 1967, p. 27. Selon d'aucuns, la recommandation pourrait dans certains cas constituer une source de droit : G.C. Rodríguez Iglesias, M. López Escudero *in* M. Diez de Velasco, *Las organizaciones internacionales*, 12e éd., Madrid, 2002, p. 645. La question présente avant tout un intérêt terminologique.

(713) G. Vandersanden, A. Barav, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, 1977, p. 193 ; M. Waelbroeck, D. Waelbroeck, *in Commentaire J. Mégret*, t. X (cité *supra* note 1), p. 153.

(714) Conclusions Mischo, aff. C-242/00, *République fédérale d'Allemagne c. Commission*, point 61 (non encore publié au *Recueil*).

(715) T.P.I., 22 octobre 1996, aff. T-330/94, *Sait-Union c. Commission*, *Rec.*, 1996, p. II-1475.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
7. - La recommandation comme source de droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tion, en un accord international en forme simplifiée entre l'État et l'organisation internationale (716).

Le même effet peut-il être attribué aux recommandations des institutions communautaires ? Suffira-t-il que les États membres s'engagent à les observer pour qu'elles produisent des effets obligatoires à leur égard ?

Curieusement, la question a été relativement peu étudiée. En 1970, Charles-Albert Morand proposait de répondre par l'affirmative, considérant que l'État qui ne respecte pas une recommandation à laquelle il a donné son accord se rend coupable de manquement à ses obligations (717). Toutefois, sa thèse n'a guère eu d'écho dans la pratique des institutions. Dans la doctrine, seul, à notre connaissance, Jean-Victor Louis y a consacré de l'attention. Sa conclusion est négative : il estime qu'une telle conception « est incompatible avec le système très élaboré des sources du droit communautaire » (718).

Personnellement, je me suis toujours rallié à cette conception. J'estime en effet que le système du traité, reposant comme il le fait sur l'attribution de pouvoirs de décision spécifiques aux institutions communautaires et prévoyant dans chaque cas, de manière détaillée, les procédures à suivre pour la prise de ces décisions, serait profondément modifié s'il suffisait, pour pouvoir imposer des obligations aux États membres, que la Commission (719) adopte une recommandation et que celle-ci soit acceptée par ces États.

C'est pourquoi il me paraît que, quelle que puisse être la valeur politique et morale de l'engagement assumé par un État membre d'observer une recommandation, il serait excessif de lui reconnaître un effet contraignant.

5. À la lumière des considérations qui précèdent, il y a lieu de revenir à l'examen des « propositions de mesures utiles ». Celles-ci constituent, nous l'avons vu, de simples recommandations. Il devrait s'ensuivre, selon la conception traditionnellement admise, que l'acceptation donnée par l'État destinataire à une telle proposition — quelque bienvenue qu'elle puisse être du point de vue politique — n'entraîne aucun effet juridique. Si l'État ne se conforme pas à son engagement, la seule conséquence devrait être la possibilité pour la Commission d'engager la procédure au

(716) J.M. Sobrino de Heredia, *in* M. Diez de Velasco, *Las organizaciones internacionales* (cité *supra* note 10), p. 145 ; voy. aussi J. Salmon (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001, p. 937.

(717) Ch.-A. Morand, « Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire », *C.D.E.*, 1970, p. 623, 630.

(718) J.-V. Louis, *in Commentaire Mégret*, t. X (cité *supra* note 1), p. 486.

(719) N'oublions pas, en effet, qu'aux termes de l'article 211 du traité la Commission peut formuler des recommandations sur les matières qui font l'objet du traité chaque fois qu'elle « l'estime nécessaire ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
7. - La recommandation comme source de droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

titre du paragraphe 2 de l'article 88. Et aussi longtemps que cette procédure n'aboutit pas à une décision d'interdiction, l'État devrait avoir le droit de continuer à mettre en œuvre l'aide en cause, celle-ci étant, par définition, une aide existante (720).

La question possède d'importantes conséquences pratiques. En effet, depuis une vingtaine d'années, la Commission fait un usage accru de l'article 88, par. 1er, pour adresser aux États membres, au titre de propositions de mesures utiles, des actes de portée générale dans lesquels elle précise la ligne de conduite qu'elle entend suivre à l'égard de certaines catégories d'aides. L'intitulé de ces actes varie : communications, codes, disciplines, encadrements, lignes directrices... Ils contiennent généralement une invitation adressée aux États membres de faire connaître à la Commission leur assentiment à leur contenu. Quelle est la valeur juridique d'une telle acceptation, lorsqu'elle intervient ?

6. Dans son arrêt *Deufil*, comme on l'a vu (721), la Cour a refusé de tenir compte d'un tel « code », affirmant qu'il ne pouvait déroger au traité. Toutefois, cet arrêt n'examine pas la question de savoir si le code avait été accepté par l'État destinataire, si bien que l'éventuel effet obligatoire d'une telle acceptation n'avait pas à être tranché.

7. C'est dans l'affaire *CIRFS* (722) que, pour la première fois, la Cour a dû se pencher sur le problème. Le Comité international de la rayonne et de la fibre synthétique (CIRFS) contestait le refus de la Commission d'ouvrir la procédure de l'article 88, par. 2, à l'encontre d'une aide accordée par le gouvernement français à une société américaine, Allied Signal, pour la construction d'une usine de fibres synthétiques dans le nord-est de la France. La Commission considérait que l'aide entrait dans le cadre d'un programme d'aides régionales qui avait dûment été approuvé par elle. Il s'agissait dès lors, selon la Commission, d'une aide autorisée, qui n'avait pas à lui être notifiée en vertu de l'article 88, par. 3, du traité.

Or, la décision d'approbation prévoyait qu'elle ne portait pas atteinte aux « règles spécifiques applicables dans certains secteurs » et il se faisait que, dans le secteur des fibres synthétiques, la Commission avait adopté, au titre de l'article 88, par. 1er, une « discipline » qui prévoyait l'obligation de notifier toutes les aides que les États membres avaient l'intention d'octroyer. La France avait accepté cette discipline. La question était donc de savoir si cette discipline avait pu limiter le champ d'application

(720) Sur la différence de régime entre les aides existantes et les aides nouvelles, voy. M. Waelbroeck, A. Frignani, *in Commentaire Mégret*, t. IV, *Concurrence*, 2e éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 368-389.

(721) Voy. *supra*, nº 3.

(722) Arrêt du 24 mars 1993, aff. C-313/90, *CIRFS c. Commission*, *Rec.*, 1993, p. I-1125.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
7. - La recommandation comme source de droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de la décision de la Commission autorisant le programme d'aides régionales dans lequel l'aide en cause s'inscrivait.

Selon l'avocat général Lenz, puisque l'aide entrait dans le champ d'application d'un schéma d'aides régionales que la Commission avait déclaré compatible avec le marché commun, elle était en principe soustraite à l'obligation de notification résultant de l'article 88, par. 3. Cependant, ajoutait-il, l'acceptation par la France de la discipline équivalait à une « renonciation aux avantages résultant de la décision de la Commission » déclarant le système d'aides régionales français compatible avec le marché commun. Il y avait lieu, dès lors, de considérer que la discipline appartenait aux « règles spécifiques applicables dans certains secteurs » visées par la Commission dans sa décision autorisant le système d'aides français. L'aide aurait donc dû être préalablement notifiée à la Commission (723).

La Cour s'est ralliée à ces conclusions. Elle considéra qu'en l'occurrence, « les règles énoncées dans la discipline et acceptées par les États membres eux-mêmes ont eu pour effet, notamment, de retirer à certaines aides, relevant de son champ d'application, l'autorisation précédemment accordée et, partant, de les qualifier d'aides nouvelles et de les soumettre à l'obligation de notification préalable » (724). Elle ajouta que « le fait que la discipline soit le résultat d'un accord entre les États membres et la Commission ne saurait modifier ni la signification objective de ses termes ni son effet contraignant » (725).

8. L'arrêt *IJsselvliet Combinatie* (726) présente aussi de l'intérêt. La société IJsselvliet Combinatie attaquait, devant les tribunaux néerlandais, le refus du ministre des Affaires économiques des Pays-Bas de lui accorder une subvention en vue de la construction d'un bateau de pêche. Selon la demanderesse, ce subside était conforme à la sixième directive du Conseil concernant les aides à la construction navale (727), dont l'article 4, par. 1er, prévoyait que les aides nationales à la construction et à la transformation navales pouvaient être considérées comme compatibles avec le marché commun à condition de ne pas dépasser certains plafonds.

Or, la Commission avait adopté, dans le cadre de la politique commune de la pêche, des lignes directrices qui prévoyaient que l'octroi d'aides nationales au titre de la sixième directive ne serait plus autorisé pour la construction de bateaux destinés à la flotte communautaire. Elle avait

(723) Conclusions Lenz, *Rec.*, 1993, p. I-1156, points 42-44.
(724) Arrêt précité, point 35.
(725) Arrêt précité, point 36.
(726) Arrêt du 15 octobre 1996, aff. C-311-94, *IJsselvliet Combinatie c. Minister van Economische Zaken*, *Rec.*, 1996, p. I-5023.
(727) Directive 87/167 du Conseil, du 26 janvier 1987, *J.O.C.E.*, nº L 69, 1987, p. 55.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
7. - La recommandation comme source de droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

proposé aux États membres, au titre de l'article 88, par. 1er, du traité, d'appliquer à leurs régimes d'aides existant en la matière les critères établis par les lignes directrices. En réponse, le gouvernement néerlandais avait confirmé à la Commission que les aides qu'il octroyait au secteur de la pêche respectaient les lignes directrices.

Interrogée à titre préjudiciel par le Conseil d'État des Pays-Bas, entre autres, sur le caractère contraignant de ces lignes directrices, la Cour énonce que l'article 88, par. 1er, du traité implique « une obligation de coopération régulière et périodique à la charge de la Commission et des États membres, dont ni la Commission ni un État membre ne sauraient s'affranchir pour une période indéfinie dépendant de la volonté unilatérale de l'une ou de l'autre » (728). Les lignes directrices étant fondées sur l'article 88, par. 1er, du traité, elles représentent un élément de cette coopération régulière et périodique et se conforment à l'esprit de cette coopération (729). Ainsi, elles constituent la mise à jour de lignes directrices pré-existantes, elles ont été élaborées en collaboration avec les États membres, et elles ont fait l'objet d'une confirmation, de la part du gouvernement néerlandais, que celui-ci les respectait dans les aides qu'il accordait au secteur de la pêche (730). La Cour estime que la Commission et le gouvernement néerlandais ont ainsi établi, s'agissant du traitement des aides au secteur de la pêche, un « cadre de coopération dont ni l'une ni l'autre ne pouvaient s'affranchir unilatéralement » (731). Rappelant enfin qu'il résulte de son arrêt *C.I.R.F.S.* que les lignes directrices, acceptées par le gouvernement des Pays-Bas (732), ont un effet contraignant pour lui, la Cour conclut que cet État membre « est tenu d'appliquer les lignes directrices lorsqu'il adopte une décision à l'égard d'une demande d'aide pour la construction d'un bateau destiné à la pêche » (733).

9. Le caractère obligatoire pour les États membres de lignes directrices adoptées sur la base de l'article 88, par. 1er, du traité, et acceptées par ceux-ci, a de nouveau été affirmé par la Cour dans un récent arrêt (734) par lequel la République fédérale d'Allemagne contestait une décision de la Commission interdisant une aide accordée par le Land de Basse-Saxe à l'entreprise JAKO Jadekost GmbH Co. KG et exigeant le remboursement de cette aide (735). Selon la Commission, il s'agissait d'une aide au fonction-

(728) Arrêt précité, point 36. La Cour reprend ici une formule dont elle avait déjà usé dans son arrêt du 29 juin 1995, aff. C-135/93, *Espagne c. Commission*, *Rec.*, 1995, p. I-1651, point 24.

(729) Arrêt précité, point 37.

(730) Arrêt précité, points 38-40.

(731) Arrêt précité, point 41.

(732) Arrêt précité, points 42 et 43.

(733) Arrêt précité, point 44.

(734) Arrêt du 5 octobre 2000, aff. 288/96, *République fédérale d'Allemagne c. Commission*, *Rec.*, 2000, p. I-8285.

(735) Décision du 29 mai 1996, *J.O.C.E.*, nº L 246, 1996, p. 43.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
7. - La recommandation comme source de droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

nement qui, en tant que telle, était incompatible avec le marché commun en vertu du point 1.3 des lignes directrices pour l'examen des aides d'État dans le secteur de la pêche et de l'aquaculture (736). Le gouvernement requérant soutenait, entre autres, que la décision était erronée en droit dans la mesure où elle se fondait sur les lignes directrices pour déterminer si les éléments constitutifs de la violation de l'article 87, par. 1er, du traité, étaient réunis ; selon le gouvernement allemand, la Commission aurait dû procéder à un examen individuel de cette question.

La Cour a considéré que la Commission n'avait pas commis d'erreur en se fondant sur les lignes directrices pour conclure à l'incompatibilité de l'aide avec le marché commun. Rappelant que ces lignes directrices étaient fondées sur l'article 88, par. 1er, du traité et que le gouvernement allemand avait non seulement participé à leur procédure d'adoption mais qu'il les avait approuvées, elle conclut qu'elles lient le gouvernement allemand (737).

10. Ces trois arrêts portent un coup sérieux à la conception orthodoxe selon laquelle le droit communautaire, à l'inverse du droit international, ne reconnaît pas de force contraignante à une recommandation, même lorsque celle-ci a été acceptée par son destinataire. Ils aboutissent en pratique à conférer à la Commission un pouvoir quasi normatif très étendu dans le domaine des aides d'État. En effet, les États préféreront en général collaborer avec la Commission lorsque celle-ci leur adresse une proposition de mesures utiles. Ceci leur permettra d'influencer sa rédaction, et sera dès lors souvent préférable pour eux à l'ouverture d'une procédure formelle par la Commission au titre de l'article 88, par. 2, du traité.

On comprend, dès lors, que la Commission fasse un usage étendu de cette possibilité dans sa pratique en la matière. Celle-ci a même été consacrée formellement par le règlement de procédure en matière d'aides d'État (738). L'article 19 de celui-ci, intitulé « Conséquences juridiques d'une proposition de mesures utiles », prévoit en effet en son paragraphe 1er :

> « Si l'État membre concerné accepte les mesures proposées et en informe la Commission, cette dernière en prend acte et en informe l'État membre. *L'État membre est tenu, par cette acceptation, de mettre en œuvre les mesures utiles* » (739).

(736) *J.O.C.E.*, nº 152, 1992, p. 2.

(737) Arrêt du 5 octobre 2000, précité, points 61-65.

(738) Règlement nº 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article 93 [aujourd'hui 88] du traité C.E., *J.O.C.E.*, nº 83, 1999, p. 1.

(739) C'est nous qui mettons en italiques.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
7. - La recommandation comme source de droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

11. Quel que soit l'intérêt pratique de cette solution, il y a lieu de reconnaître qu'il suscite de graves interrogations sur le plan des principes. Il ne faut pas oublier, en effet, que la matière des aides d'État — comme la plupart des matières régies par le droit communautaire — n'intéresse pas uniquement les relations entre les institutions communautaires et les États membres, mais qu'elle concerne aussi les individus. Comme la Cour l'a déclaré dans un de ses arrêts les plus célèbres, « les sujets du droit communautaire sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants » (740).

Or, il résulte de la jurisprudence examinée qu'une entreprise bénéficiaire d'une aide pourra être affectée par l'acceptation d'une proposition de mesures utiles relative à cette aide sans qu'elle ait eu la possibilité de faire connaître son point de vue à ce propos, alors que si la procédure de l'article 88, par. 2, avait été suivie, elle aurait dû être entendue. Il en va de même des collectivités territoriales, dans les cas où ce sont elles qui accordent l'aide.

Si la proposition de mesures utiles se rapporte à un régime national d'aides qui avait été déclaré compatible avec le marché commun, l'acceptation de cette proposition par l'État membre destinataire impliquera généralement un rétrécissement du champ d'application de la décision approuvant le régime, sans que les bénéficiaires potentiels en soient nécessairement informés (741). L'entreprise qui aurait reçu une aide dans de telles conditions devra-t-elle la rembourser, alors qu'elle ne savait peut-être pas que l'aide n'était plus couverte par la décision approuvant le régime d'aides ?

À quel juge devra s'adresser l'entreprise qui s'est vue priver du bénéfice d'une aide à la suite de l'acceptation d'une mesure utile proposée par la Commission, si elle entend en contester la légalité ? Si le juge communautaire paraît le mieux qualifié pour se prononcer sur ce genre de litige, il n'est pas sûr qu'il accepterait de le faire : en effet, l'acte en cause constitue, en ce qui concerne la Commission, une simple recommandation (742). C'est donc devant le juge national que le bénéficiaire devra introduire son recours en attaquant l'acte par lequel l'État membre a marqué son accord sur la proposition de la Commission. On aperçoit les difficultés d'une telle voie. En effet, le droit communautaire ne limite pas la possibilité pour un État de renoncer à octroyer une aide que le traité autorise. Dès lors, les arguments déduits du droit communautaire que le bénéficiaire aurait pu faire valoir contre la décision de la Commission, si

(740) Arrêt du 5 février 1963, aff. 26/62, *Van Gend & Loos*, *Rec.*, 1963, p. 1.

(741) En effet, aucune disposition du traité n'impose la publication des actes d'acceptation des États membres ; il s'agit généralement d'une simple lettre adressée à la direction générale Concurrence.

(742) Voy. *supra*, n° 3 et les conclusions Mischo citées à la note en bas de page n° 12.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
7. - La recommandation comme source de droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

celle-ci avait poursuivi la procédure au titre de l'article 88, par. 2, ne lui seront d'aucune utilité dans le recours introduit contre l'acceptation de la proposition de la Commission. Seul le droit national pourra lui être de quelque secours.

Nous avons vu que, selon le Tribunal de première instance, les concurrents du bénéficiaire d'une aide existante ne peuvent contester le refus de la Commission d'adresser à l'État membre en cause une proposition de mesures utiles (743) étant donné qu'une telle proposition est dénuée d'effet obligatoire. Y a-t-il lieu de réviser cette conception à la lumière de la jurisprudence de la Cour sur le caractère contraignant des mesures utiles en cas d'acceptation ? Un tel revirement ne pourrait être accueilli que favorablement (744). Néanmoins, il est à craindre que le juge communautaire ne considère que le caractère contraignant de la mesure utile dépendant en l'occurrence d'un acte d'un tiers (l'État membre destinataire), à l'égard duquel la Commission n'a juridiquement aucune possibilité d'influence, il s'agit d'un élément trop aléatoire pour pouvoir être pris en considération.

12. La jurisprudence concernant le caractère obligatoire des propositions de mesures utiles acceptées paraît maintenant bien établie ; elle présente de nombreux avantages pratiques dans la mesure où elle renforce les possibilités d'agir dans un domaine — le contrôle des aides d'État — où la Commission manque de moyens d'action suffisants. Jusqu'à présent, elle n'a pas donné lieu à des problèmes du genre de ceux décrits ci-dessus. En outre, elle a été « codifiée » par l'article 19 du règlement 659/1999 (745). Aussi est-il peu probable que les problèmes que nous avons décrits conduisent la Cour à y renoncer.

Néanmoins, il m'a paru nécessaire d'attirer l'attention sur les difficultés de principe que cette jurisprudence soulève dans l'espoir que cela puisse éviter son extension à d'autres domaines du droit communautaire. En outre, cela m'a permis de souligner la lucidité de Jean-Victor Louis lorsqu'il mettait en garde contre une thèse qui, malgré son caractère séduisant, entrait en conflit avec le système des sources du droit communautaire (746).

* * *

(743) Voy. *supra*, n° 3.

(744) Voy. G. Vandersanden, Examen de jurisprudence (1993-1998), Deuxième partie, Communautés européennes, *Rev. crit. jur. belge*, 2000, p. 559, 617.

(745) Voy. *supra*, note 35.

(746) Voy. *supra*, n° 4 et la note 16.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
7. - La recommandation comme source de droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

ASPECTS DE DROIT INSTITUTIONNEL

II. La protection des droits de l'homme dans le cadre communautaire

1. *Caractère obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme pour les institutions communautaires*

Lorsque Alfons de Vreese, conseiller à la Cour de cassation et professeur au Collège d'Europe, me pressentit au début de 1965 pour me demander si je serais disposé à présenter au rapport sur le caractère obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme pour les Communautés à l'occasion du colloque dont il devait assurer la présidence à Bruges en avril 1965, j'acceptai sans hésitation. Il s'agissait d'un sujet encore vierge. Je pressentais qu'avec l'expansion des compétences des institutions européenne, des conflits ne manqueraient pas de se produire.

Il m'a paru intéressant de reproduire ci-après non seulement le texte de mon rapport, mais aussi le résumé de la discussion très animée qui s'en est suivie, sous la direction de Pierre Pescatore qui présidait la séance.

« La Convention européenne des droits de l'homme lie-t-elle les Communautés européennes ? »,
Droit communautaire et droit national,
Séminaire de Bruges, 1965, pp. 305-329.

Introduction

1. La Convention européenne des droits de l'homme lie-t-elle les Communautés ? À première vue, la question ne semble offrir qu'un intérêt académique. Il s'agit, en réalité, d'un problème d'une importance considérable. Les compétences exercées par les institutions communautaires s'accroissent à un rythme rapide, et embrassent une partie toujours plus étendue de l'activité économique des États membres. Ces compétences sont susceptibles d'affecter immédiatement la situation juridique des individus, en leur conférant des droits ou en leur imposant des obligations dont l'exécution peut être réclamée devant les tribunaux nationaux et que ceux-ci sont tenus de faire respecter.

Dans chacun des États membres, une longue pratique, expressément consacrée par des textes constitutionnels, reconnaît que l'exercice des pouvoirs étatiques est soumis à certaines limitations dont l'objet est d'assurer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Caractère obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme pour les institutions communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Entre les intérêts de la collectivité et la liberté de l'individu, une ligne est tracée et doit être respectée par ceux qui exercent le pouvoir ; la raison d'État n'est pas toute-puissante.

Des limitations analogues sont-elles imposées à l'action des Communautés européennes ? Celles-ci sont-elles entièrement libres d'exercer les pouvoirs qui leur sont attribués de la façon qui leur paraît adéquate aux fins qui leur sont assignées ? Ou doivent-elles également veiller à ce que les droits fondamentaux des individus ne soient plus violés ? L'importance de la question ne fait que grandir au fur et à mesure que la sphère d'activité des institutions européennes s'élargit.

La nécessité de soumettre les pouvoirs centraux à l'obligation de respecter les droits des individus, au moment où des compétences leur sont attribuées à l'égard de ceux-ci, s'est fait sentir aux États-Unis d'Amérique lorsque, après une vaine tentative confédérale, la décision fut prise de resserrer les liens existants entre les treize anciennes colonies britanniques en vue de les unir au sein d'une fédération. Le projet de Constitution fédérale ne fut finalement adopté par les États, en 1789, qu'après qu'y aient été apportés dix amendements garantissant les libertés individuelles contre toute atteinte de la part des autorités fédérales. Ces dix amendements constituent encore aujourd'hui le « Bill of Rights » des États-Unis.

Dans le même ordre d'idées, le projet de Traité portant statut de la Communauté européenne, adopté les 6-11 mars 1953 par l'Assemblée *ad hoc*, contenait dans son article 3 une limitation analogue à l'activité des autorités fédérales européennes alors projetées : cette disposition prévoyait que le titre Ier de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que le Protocole additionnel, faisaient partie intégrante du futur statut de l'Europe politique (747).

Nous rechercherons, dans les pages qui vont suivre si, nonobstant l'absence de toute référence de ce genre dans les Traités instituant les Communautés existantes, les droits et libertés essentiels garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, signée à Rome le 4 novembre 1950, et par le Protocole additionnel, signé à Paris le 20 mars 1952, doivent être respectés par les organes communautaires. Nous examinerons quelles sont les bases juridiques sur lesquelles une telle obligation peut être fondée, et quelles seraient les conséquences qui découleraient d'une violation éventuelle.

2. Il convient d'observer, à titre préliminaire, que le fait que la Convention et le Protocole ne garantissent pas les droits dits « économiques » (748),

(747) Documents de séance, Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, 5e session ordinaire, 1ère partie, Doc. 109, Strasbourg, 1953.

(748) À l'exception de l'article 1er du Protocole, garantissant le droit de propriété.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Caractère obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme pour les institutions communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ne diminue en rien l'intérêt pratique de notre enquête. Le fait que les compétences communautaires s'exercent principalement dans le domaine économique ne signifie pas que les droits et libertés classiques ne puissent jouer un rôle dans cette matière. Bien au contraire, de nombreuses dispositions de la Convention et du Protocole apparaissent de nature à pouvoir être, le cas échéant, affectées par l'action des Communautés. C'est le cas, notamment, de l'article 6 garantissant le droit à un procès équitable, de l'article 7 consacrant le principe « *nullum crimen nec poena sine lege* », de l'article 11 sur la liberté de réunion et d'association, de l'article 14 interdisant les discriminations, et de l'article 1er du Protocole relatif au respect de la propriété privée. D'autres dispositions pourront également entrer en ligne de compte, dans certaines conditions ; ainsi, il n'est pas impossible d'imaginer qu'une décision des institutions communautaires puisse porter atteinte à l'article 8 de la Convention garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance ; de même, la liberté de pensée et d'expression, à laquelle se réfèrent les articles 9 et 10, est elle aussi susceptible d'être enfreinte par des réglementations de nature économique (749).

Tout ceci montre à suffisance que le problème de l'applicabilité de la Convention des droits de l'homme aux Communautés européennes se posera fort probablement dans la pratique.

Fondement de l'applicabilité de la convention des droits de l'homme aux Communautés

3. Les Communautés ne sont pas, comme telles, parties à la Convention des droits de l'homme ; il est exclu qu'elles puissent être tenues d'en observer les dispositions à ce titre (750). D'autre part, les États membres des Communautés n'ont pas encore tous ratifié la Convention (751). Il ne s'ensuit cependant pas, à notre avis, que celle-ci soit inapplicable dans les rapports communautaires.

(749) Ainsi, l'article 10 de la Convention a été invoqué, aux Pays-Bas, à l'encontre d'une loi ordonnant la fermeture obligatoire des magasins le dimanche (Hoge Raad, Strafkamer, 18 avril 1961, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1961, nº 273, et la note B.V.A. Röling.) De même, l'article 7 de la Constitution néerlandaise, garantissant la liberté d'expression, a été invoqué avec succès pour faire déclarer inapplicable un décret soumettant à autorisation préalable l'exercice de la profession de libraire (Hoge Raad, Strafkamer, 22 mars 1960, *Ned. Jurisp.*, 1960, nº 274, note W.P.)

(750) Il n'entre d'ailleurs pas dans les compétences des Communautés, telles qu'elles sont définies par les Traités constitutifs, de conclure pareilles conventions : Cf. Traité C.E.C.A., article 93 et 94, et Convention sur les dispositions transitoires, § 14 ; Traité C.E.E., articles 111, 113, 228, 229, 230, 231, et 234 ; Traité Euratom, articles 101 et suiv.

Remarquons d'ailleurs qu'aux termes de l'article 66 de la Convention, celle-ci est ouverte à la signature des Membres du Conseil de l'Europe ; or ceux-ci, selon l'article 4 du Statut, ne peuvent être que des *États* européens.

(751) Ainsi, la France, quoique signataire, n'a pas ratifié la Convention.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Caractère obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme pour les institutions communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Selon un principe de droit international bien établi, un Traité comportant, pour ses signataires, des obligations incompatibles avec celles qui découlent d'un Traité antérieur ne peut licitement être conclu que si tous les États parties au premier Traité en date adhèrent également au second (752). Ce principe, dont l'applicabilité aux Traités instituant les Communautés est reconnue par la plupart des auteurs (753), a reçu une consécration explicite dans les textes. Ainsi, le § 20 de la Convention sur les dispositions transitoires de la C.E.C.A. prévoit que les États membres devront entamer des négociations avec les pays tiers bénéficiant de la clause de la nation la plus favorisée, soit en vertu du G.A.T.T., soit en vertu d'accords bilatéraux, en vue d'aménager ces accords en fonction des engagements nouveaux découlant du Traité ; il en résulte donc qu'aussi longtemps que ces négociations n'ont pas abouti, les accords antérieurs demeurent en vigueur et continuent à engager les États membres. L'article 105 du Traité Euratom dispose expressément que les dispositions de ce Traité ne sont pas opposables à l'exécution des accords et conventions conclus avant l'entrée en vigueur de celui-ci par un État membre avec un État tiers, lorsque ces accords ou conventions ont été communiqués à la Commission au plus tard trente jours après l'entrée en vigueur du Traité (754).

La disposition la plus explicite et la plus importante en pratique est sans conteste celle de l'article 234 du Traité C.E.E., aux termes de l'alinéa premier de laquelle « les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement à l'entrée en vigueur du présent Traité, entre un ou plusieurs États membres d'une part, et un ou plusieurs États tiers

(752) Voy. les opinions dissidentes des juges Schücking et van Eysinga dans l'affaire Oscar Chinn, arrêt de la Cour permanente de justice internationale du 12 déc. 1934, Public. C.P.J.I., Sér. A/B, n° 63, p. 133, 134 et 148 ; Ch. Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, I, Paris, 1944, n° 322 *in fine* ; Harvard Law School, Draft Convention on the Law of Treaties, Art. 22 (b), A.J.I.L., 1935, Suppl. ; Sir G. Fitzmaurice, 3e Rapport sur le droit des Traités, *Annuaire de la Commission du droit international des Nations Unies*, 1958, Vol. II, Doc. A/CN. 4/115, Art. 19. §§ 6 et 8, et commentaires, n° 82 à 86.

(753) Fr. Münch, Internationale Organisationen mit Hoheitsrechten, in : *Festschrift für Hans Wehberg*, Frankfurt, 1956, p. 319 ; Conclusions de l'Avocat général Lagrange, aff. 10/61, *Rec.* VIII, p. 36. Dans le même sens, Voy. aussi : P. Pescatore, *Les relations extérieures des Communautés européennes*, *R.C.A.D.I.*, 1961, II, p. 160 ; E. Wohlfarth, U. Everling, H.J. Glaesner et R. Sprung, *Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, Kommentar zum Vertrag, Berlin, 1960, Art. 234, Annotation 1 ; H. Brünner, in *Handbuch für Europäische Wirtschaft*, I A 67, p. 113.

Voy. en sens contraire : R. Bindschedler, *Rechtsfragen der europäischen Einigung*, Basel, 1954, p. 125. Il est à remarquer cependant que ce dernier auteur n'envisage pas le problème précis des Traités instituant les Communautés, mais se borne à évoquer, de manière générale, la possibilité qu'une intégration étroite et centralisée de l'Europe entraîne une modification dans le statut international des États membres et rende caduques, de ce fait, les conventions antérieurement conclues par ceux-ci.

(754) Il est évident que, par cette disposition, les auteurs du Traité n'ont entendu viser que les conventions et accords se rapportant aux questions nucléaires. On ne pourrait tirer argument du fait que la Convention des droits de l'homme n'a pas été communiquée à la Commission dans les délais pour prétendre qu'elle n'est pas opposable à la Communauté.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Caractère obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme pour les institutions communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions du présent Traité. » Seule une obligation d'entreprendre des négociations et, le cas échéant, de dénoncer les accords incompatibles, est prévue (755).

4. On peut conclure de ce qui vient d'être exposé que l'entrée en vigueur des Traités instituant les Communautés n'a pas entraîné de modification dans les obligations découlant pour les États membres des conventions qu'ils avaient conclues avec des pays tiers. Aussi longtemps que ces conventions n'ont pas été modifiées ou dénoncées, elles doivent être respectées par les États membres, sans que ceux-ci puissent exciper de l'existence des Communautés et de leurs obligations envers celles-ci pour s'y soustraire. L'importance de cette solution pour le cas qui nous occupe n'a pas besoin d'être soulignée.

Est-il possible de pousser le raisonnement plus loin, et de considérer que non seulement les États membres, mais les institutions communautaires elles-mêmes, sont tenues d'observer les dispositions des conventions passées par un ou plusieurs États membres avec un ou plusieurs États tiers ? Il est difficile de ne pas l'admettre. La solution contraire entraînerait des difficultés inextricables. En effet, si on devait admettre que les institutions sont libres d'imposer aux États membres des obligations incompatibles avec celles résultant de conventions antérieures régulièrement conclues par eux avec des pays tiers et que les États membres sont obligés de s'incliner, sous peine d'un recours devant la Cour de Justice, l'affirmation du principe du maintien des obligations existantes serait vidée de tout contenu effectif. Si cette affirmation doit avoir un sens, ce ne peut être que de constituer une limitation réelle à la compétence communautaire (756), en ce sens que les dispositions du droit communautaire ne peuvent être invoquées en vue de contraindre un État à manquer aux obligations résultant de conventions antérieures (757).

C'est d'ailleurs bien ainsi que l'entend la pratique. Plusieurs dispositions du Traité C.E.E. réservent expressément, sur des points précis, l'application des conventions existantes des États membres (758). Il en est de même des actes pris par les institutions pour la mise en œuvre des Traités. Ainsi, le Règlement N° 15/64 du Conseil du 5 février 1964 (759) a prévu des mesures dérogatoires au régime résultant du Règlement N° 14/64 du même jour portant établissement d'une organisation commune des marchés dans le secteur de la viande bovine (760). L'exposé des motifs fait apparaître que ces mesures spéciales sont rendues nécessaires par

(755) Article 234, alinéa 2.
(756) P. Pescatore, *cours précité*, *R.C.A.D.I.* 1961, II, p. 160 et 161.
(757) E. Wohlfarth, U. Everling, H.J. Glaesner et R. Sprung, *op. cit.*, art. 234, annotation 1.
(758) Voy. notamment l'article 37, § 5 et l'article 112, § 1.
(759) *J.O.C.E.* du 27 février 1964, p. 573.
(760) *J.O.C.E.* du 27 février 1964, p. 562.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Caractère obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme pour les institutions communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'existence, à l'entrée en vigueur du Règlement N° 14/64, d'un accord commercial entre la République fédérale d'Allemagne et le Royaume du Danemark, dont l'exécution aurait pu être entravée par l'application normale dudit règlement (761).

Le principe selon lequel le respect des conventions conclues avant l'entrée en vigueur des Traités communautaires s'impose non seulement aux États membres qui y participent, mais aussi aux institutions, a été reconnu, de manière implicite il est vrai, par la Cour de Justice dans l'affaire 10-61, Commission de la C.E.E. contre Gouvernement de la République italienne (762). Le Gouvernement italien alléguait que la violation à l'obligation de standstill de l'article 12 du Traité C.E.E. (763) qui lui était reprochée avait son fondement dans une convention antérieure, conclue dans le cadre du G.A.T.T., et dont le maintien résultait de l'article 234 du Traité. Loin de déclarer que l'article 234 ne pouvait pas être invoqué dans une hypothèse semblable, la Cour s'attacha à démontrer qu'en l'espèce il n'existait aucune incompatibilité entre la convention antérieure et l'application du Traité C.E.E., de telle sorte que rien n'empêchait l'Italie de remplir intégralement ses obligations (764).

5. Le principe selon lequel les Traités instituant les Communautés ne portent pas atteinte aux conventions antérieures liant les États membres à des pays tiers, permet de justifier pleinement, nous semble-t-il, l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux Communautés. Ce n'est toutefois pas la seule base juridique possible de cette applicabilité.

Aux termes de dispositions expresses des trois Traités (765), les institutions sont tenues de respecter, sous peine d'annulation de leurs actes, non seulement les dispositions des Traités eux-mêmes mais aussi « toute règle de droit relative à leur application ». On admet que sont visés par là

(761) « Considérant qu'il existe, à l'entrée en vigueur du Règlement N° 14/64/C.E.E. du Conseil, un accord commercial entre la République fédérale d'Allemagne et le Royaume du Danemark, qui vient à expiration le 31 décembre 1965 ;

« Considérant que cet accord comporte une clause prévoyant l'importation de 16 000 têtes de bovins dans la République fédérale d'Allemagne pendant la période de décharge des herbages ; que l'application du règlement N° 14/64/C.E.E. du Conseil peut entraver l'exécution de cet engagement ;

« Considérant que pour tenir compte de cette situation particulière, il convient d'autoriser la République fédérale d'Allemagne à prendre, pendant les années 1964 et 1965, des mesures d'intervention pouvant déroger à l'article 10 du règlement n° 14/64/C.E.E. du Conseil en vue de permettre l'importation de bovins en provenance du Danemark au cours de la période du 1er septembre au 30 novembre, ... »

(762) Arrêt du 27 février 1962, Rec. VIII, p. 1 et suiv.

(763) *Ibid.*, p. 21.

(764) *Ibid.*, p. 22 et 23.

(765) Article 33 du Traité C.E.C.A. ; article 173 du Traité C.E.E. ; article 146 du Traité Euratom.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Caractère obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme pour les institutions communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

les principes généraux du droit connus aux États membres (766) ; la Cour en a déjà fait application à de nombreuses reprises (767).

Il nous paraît légitime de considérer que les droits et libertés fondamentales énumérés à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme font partie de cet héritage commun aux six États membres et qu'ils constituent, à ce titre également, une limite à la liberté d'action des institutions. On ne pourrait objecter que la France n'a pas ratifié la Convention ; en effet, l'attitude française n'est pas motivée par une différence de vue concernant le fond des dispositions de la Convention, mais par le refus d'accepter les procédures internationales de recours prévues par celle-ci. Il paraît difficile de nier que le contenu essentiel des droits garantis par la Convention est très généralement accepté dans tous les États membres, où il fait l'objet de dispositions constitutionnelles précises et généralement concordantes. Si ce contenu essentiel venait à être violé par les institutions communautaires, un recours en annulation devant la Cour de Justice serait possible.

Il convient de souligner que dans plusieurs décisions récentes, la Cour a considéré que les droits de la défense font partie de ces principes généraux dont le respect s'impose aux institutions (768). Ainsi, dans un arrêt du 4 juillet 1963 (769), elle déclare : « Attendu que, selon une règle généralement admise par le droit administratif en vigueur dans les États membres de la Communauté économique européenne, les administrations de ceux-ci doivent mettre leurs préposés en mesure de répondre aux faits incriminés, préalablement à toute décision disciplinaire prise à leur égard ;

« que cette règle, qui répond aux exigences d'une saine justice et d'une bonne administration, doit être suivie par les organismes communautaires ; » (770).

(766) E. Wohlfarth, U. Everling, H.J. Glaesner et R. Sprung, Die E.W.G. — Kommentar zum Vertrag, Berlin, 1960, Art. 164, Annotation 4 ; P. Mathysen, *Le droit de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, La Haye, 1958, p. 108 et suiv.

(767) Voy. le rapport de M.K. Wolf au Congrès européen de Cologne d'avril 1963 sur « Dix ans de jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes », intitulé « Auslegungsgrundsätze des Gerichtshofes », (non encore publié.) Voy. aussi les décisions de la Cour, citées ci-après.

(768) Sur les droits de la défense en tant que principes généraux de droit, voy. la remarquable étude du Professeur W.J. Ganshof van der Meersch, dans les *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles et Paris, 1963, p. 569 et suiv.

(769) Affaire 32-63, *Alvis c. Conseil de la C.E.E.*, *Rec.* t. IX, p. 114.

(770) Voy. aussi les trois arrêts rendus le 1er juillet 1964 dans les affaires 26-63 (*Pistoj c. Commission C.E.E.*), 78-63 (*Huber c. Commission C.E.E.*), 80-63 (*Degreef c. Commission C.E.E.*), *Rec.* t. X, p. 698, 742 et 796 respectivement.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Caractère obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme pour les institutions communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Certes, le droit constitutionnel des États membres ne lie pas, en tant que tel, les institutions des Communautés (771). En conséquence, la Cour se refuse à examiner les griefs fondés sur la violation des principes du droit constitutionnel d'un État membre (772). Gardienne du respect du droit communautaire, la Cour n'a pas pour mission de veiller à ce que les dispositions du droit interne des États membres soient respectées par les institutions.

Toutefois, lorsque certaines règles se retrouvent, sous une forme et avec un contenu substantiellement similaires dans le droit constitutionnel de tous les États membres, il est permis de considérer qu'il s'agit de véritables principes généraux communs à tous ceux-ci et obligatoires, dès lors, pour les Communautés et leurs institutions. Il ne nous paraît guère douteux que les droits et garanties énoncés par la Convention européenne des droits de l'homme et par son Protocole additionnel sont dans ce cas, et qu'en conséquence leur violation par une des Communautés pourrait faire l'objet d'un recours en annulation devant la Cour sur cette base.

Conséquences d'une violation de la convention par une institution communautaire

6. Ayant montré quels sont les fondements de l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux Communautés, il nous incombe à présent de rechercher quelles seraient les conséquences d'un éventuel manquement à ses dispositions.

En premier lieu, la victime pourrait s'adresser à la Cour de Justice des Communautés en vue de demander l'annulation de l'acte qui constitue la violation, ainsi que la réparation du préjudice éventuellement subi (773).

Il se peut, toutefois, qu'elle n'obtienne pas entièrement satisfaction de cette manière. Pourra-t-elle, après avoir vainement épuisé les voies de recours que lui offre le droit communautaire, adresser sa requête à la Commission européenne des droits de l'homme en application de l'article 25 de la Convention ?

En premier lieu, il importe d'observer qu'il est exclu qu'elle puisse intenter un recours contre la Communauté ou l'institution même à

(771) E. Wohlfarth, U. Everling, H.J. Glaesner et R. Sprung, *op. cit.*, Vorbemerkung 4 vor Art. 189 ; H.J. Rabe, *Das Verordnungsrecht der E.W.G.*, Hamburg, 1963, p. 118 et suiv. Voy. pourtant : G.-G. Stendardi, *Rapporti fra ordinamenti giuridici italiano e delle Comunità europee*, Milan, 1958, p. 82 et 83 ; K.-H. Friauf, *Die Staatenvertretungen in supranationalen Gemeinschaften*, p. 77 et suiv.

(772) Arrêt du 4 février 1959, *Friedrich Storck c. Haute Autorité*, Aff. 1-58. *Rec.* V, 63.

(773) Articles 33 et 40 du Traité C.E.C.A., articles 173 et 215 du Traité C.E.E., articles 146 et 188 du Traité Euratom.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Caractère obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme pour les institutions communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

laquelle elle reproche la violation alléguée. Les Communautés, quoique tenues d'observer les dispositions de fond de la Convention, ne sont pas parties comme telles à celle-ci ; les mécanismes qu'elle institue ne sont susceptibles d'être mis en œuvre que si le manquement est imputable à un État contractant (774). Les Communautés ne pourront donc pas être mises en cause directement devant la Commission et la Cour des droits de l'homme.

Ceci n'exclut cependant pas que la victime saisisse les organes de la Convention d'une requête dirigée contre un État membre des Communautés, dans la mesure où la violation peut lui être imputée. Quatre des cinq États membres qui ont ratifié la Convention ont également reconnu, par déclaration spéciale, le droit pour les particuliers qui se prétendraient victimes d'une violation commise par eux, de saisir directement la Commission en vertu de l'article 25 (775).

La difficulté consiste à déterminer les cas dans lesquels un manquement commis par une institution communautaire pourra être imputé à un État membre, de telle sorte que la victime puisse intenter un recours contre cet État devant la Commission des droits de l'homme.

La jurisprudence de la Commission offre certaines indications à cet égard. Dans l'affaire N° 235/56, la Commission était saisie d'un recours contre la République fédérale d'Allemagne, dans lequel le requérant faisait valoir le préjudice qui lui avait été causé par des décisions de la Cour suprême des restitutions, tribunal international indépendant établi par la Convention de Règlement du 5 mai 1955, à laquelle l'Allemagne était partie. Déclarant la requête irrecevable, la Commission ne s'est pas contentée de constater que les décisions n'émanaient pas d'une autorité relevant de la souveraineté de l'Allemagne ; elle a poussé son analyse plus loin, et a recherché si, par la conclusion de la Convention de Règlement et la reconnaissance, à la Cour des restitutions, du pouvoir de se prononcer en dernier ressort en matière de restitutions, l'Allemagne n'avait pas manqué aux obligations qui lui incombaient en vertu de la Convention des droits de l'homme qu'elle avait précédemment ratifiée. On avait notamment soutenu, devant la Commission, que l'Allemagne aurait dû veiller à ce que le statut de la Cour contînt une disposition expresse obligeant celle-ci à respecter la Convention des droits de l'homme. La Commission repousse ce raisonnement dans les termes suivants : « toute partie à une convention instituant un tribunal

(774) Les articles 24 et 25 de la Convention prévoient uniquement le cas d'un manquement pouvant « être imputé à une Partie Contractante » et d'une « violation par l'une des Hautes Parties Contractantes ».

(775) La déclaration de la Belgique a été renouvelée le 30 juin 1964 pour une durée de cinq ans ; celle de l'Allemagne le 1er juillet 1961, pour la même durée ; celle du Luxembourg, le 28 avril 1961, pour la même durée ; celle des Pays-Bas le 31 août 1964, également pour cinq ans. L'Italie, quoique ayant ratifié, n'a pas souscrit de déclaration reconnaissant le droit de recours individuel.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Caractère obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme pour les institutions communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

international indépendant est en droit de présumer que ce tribunal fixera ses règles de procédure et prononcera ses décisions conformément aux normes reconnues de la justice internationale ; en conséquence, le simple fait de n'avoir pas veillé à l'insertion, dans la Convention de Règlement ou dans la Charte qui y était annexée, d'une disposition expresse obligeant la Cour suprême des restitutions à respecter les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut être considéré comme constituant, de la part de la République fédérale, une négligence à l'égard des obligations qu'elle avait assumées en vertu de la Convention des droits de l'homme » (776).

Dans une décision postérieure, la Commission est allée plus loin dans la même voie, déclarant que tout État partie à la Convention est tenu de ne pas se mettre hors d'état, par la conclusion d'un accord ultérieur, de donner effet aux droits et libertés garantis (777). Il n'est donc pas nécessaire qu'il y ait une incompatibilité entre les dispositions mêmes de l'accord postérieur et celles de la Convention ; il suffit que par l'effet de l'accord postérieur, un État partie à la Convention des droits de l'homme ne soit plus en mesure de remplir ses obligations.

7. La jurisprudence de la Commission des droits de l'homme n'exclut donc pas l'éventualité d'une responsabilité indirecte d'un État partie à la Convention lorsque la violation reprochée n'émane pas directement de lui mais a été rendue possible par sa négligence (778) ou même, tout simplement, par son fait (779). En cas de manquement commis par une institution communautaire, il serait donc possible pour la victime de s'adresser à la Commission des droits de l'homme en mettant en cause la responsabilité des États membres (ou tout au moins de ceux d'entre eux qui ont reconnu le droit de recours individuel devant la Commission). Toutefois, nous pensons que si la violation alléguée émane d'une institution sur les décisions de laquelle les Gouvernements des États membres n'ont aucune prise — qu'il s'agisse de la Cour de Justice, de la Haute Autorité de la C.E.C.A. ou d'une des Commissions de la C.E.E. ou de l'Euratom — il est probable que la Commission des droits de l'homme considérera que la responsabilité des États membres ne peut être admise, en l'absence de circonstances spéciales.

(776) Req. N° 235/56, Décision du 10 juin 1958, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, t. II, p. 257 et suiv.

N.B. : cette décision ne doit pas être confondue avec celle rendue le 8 mars 1957, sur la requête N° 182/56, et dans laquelle la Commission a rejeté un recours contre une décision rendue par la « United States Court of Restitution Appeals » instituée par le gouvernement militaire américain en Allemagne, pour le motif qu'il s'agissait d'une juridiction américaine et non allemande. (*Annuaire*, t. I, p. 167 et suiv.)

(777) Req. N° 655/59, 3 juin 1960, *Annuaire*, t. II, 281 et suiv.

(778) Voy. la décision précitée du 10 juin 1958, Req. N° 235/56, *Annuaire*, t. II, p. 257 et suiv.

(779) Voy. la décision précitée du 3 juin 1960, Req. 655/59, *Annuaire*, t. III, p. 281 et suiv.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Caractère obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme pour les institutions communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Si, au contraire, la victime établit que l'État qu'elle met en cause devant la Commission des droits de l'homme a pris part à la confection de la décision qui constitue, selon elle, une violation de la Convention, il nous semble que rien ne s'oppose à ce que la requête puisse être retenue. Cela pourra se présenter dans l'hypothèse d'actes pris par les Conseils, ou par d'autres institutions avec l'avis conforme du Conseil. Si, selon le Traité, l'accord unanime des six États membres était nécessaire pour que la mesure incriminée puisse être adoptée, la preuve à rapporter par la victime sera relativement aisée. Si, au contraire, l'acte a pu être pris à la majorité, la chose sera plus compliquée, étant donné que le vote aux Conseils est secret. Cependant, il n'est pas exclu que des renseignements à ce sujet puissent être obtenus, notamment dans la presse spécialisée ; en pareille hypothèse, il ne devrait pas être interdit à la victime d'en faire état devant les organes de la Convention, ceux-ci n'étant pas liés par le caractère confidentiel des délibérations des Conseils, mais devant, au contraire, considérer comme admissible tout élément de preuve susceptible de contribuer à la manifestation de la vérité.

Conclusion

9. Nous espérons avoir démontré que les dispositions de fond de la Convention européenne des droits de l'homme et du Protocole additionnel lient les Communautés et leurs institutions. En effet, d'une part, elles résultent d'engagements valablement souscrits par cinq États membres avant l'entrée en vigueur des Traités instituant les Communautés, et auxquels ces Traités n'ont pas entendu porter atteinte. D'autre part, les droits et libertés qu'elles énoncent sont généralement consacrés par les droits constitutionnels des six États membres et peuvent, avec raison, être considérés comme constituant des principes généraux de droit obligatoires pour les Communautés.

Dès lors, la violation de ces dispositions par les organes communautaires pourra être sanctionnée par le recours en annulation et, le cas échéant, par le recours en indemnité, devant la Cour de Justice des Communautés. En outre, dans la mesure où la violation peut être imputée à un État membre ayant accepté la compétence de la Commission des droits de l'homme pour accueillir les requêtes individuelles, la victime pourra, après épuisement des voies de recours nationales et communautaires, s'adresser à ladite Commission en vue d'obtenir la mise en œuvre de la procédure internationale de garantie collective des droits de l'homme instituée par la Convention.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Caractère obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme pour les institutions communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Compte rendu de la discussion sur le rapport de M. Waelbroeck

Président

M. Pierre PESCATORE

Ministre plénipotentiaire
Professeur à l'Université de Liège

Le premier orateur, M. Van der Goes van Naters, dit être séduit par l'ingéniosité de la solution proposée par M. Waelbroeck et se déclare d'accord avec lui sur la nécessité de soumettre les Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme. Le respect des droits de l'homme se présente d'ailleurs, dans ce cadre, comme la contrepartie indispensable du développement de la planification économique. Mais pourquoi, devant cette nécessité, ne pas accepter tout simplement le « membership » de la Communauté à la Convention, solution qui serait beaucoup plus sûre que le système de M. Waelbroeck. Le Traité lui-même ne prévoit-il pas d'ailleurs, pour la Communauté européenne, la possibilité de conclure des accords internationaux, et plus précisément l'article 230 ne pourrait-il pas être interprété dans le sens d'une adhésion de la Communauté à la Convention ?

La pratique internationale confirme d'ailleurs la capacité des organisations internationales de conclure des accords internationaux nécessaires à la poursuite de leurs buts en dépit de l'absence, dans leur charte constitutive, de dispositions expresses en ce sens ; par exemple la C.E.C.A., qui a conclu des accords sur les tarifs ferroviaires avec la Suisse, et la C.E.E., bien que n'étant pas elle-même membre du G.A.T.T., serait cependant liée par ces dispositions selon la thèse de M. Waelbroeck. D'ailleurs le G.A.T.T. lui-même a, en un certain sens, consacré cette thèse en admettant en 1953 que la C.E.C.A. constitue une unité économique.

M. Van der Goes van Naters se déclare cependant hostile à l'idée, exprimée dans le rapport, d'une imputabilité des infractions à la Convention aux États membres dont les représentants au Conseil des Ministres se seraient prononcés en faveur de la disposition incriminée. Au terme de l'article 146 C.E.E., le Conseil des Ministres est une institution indépendante des membres qui la composent par une sorte de dédoublement fonctionnel. Les États membres ne peuvent donc être tenus pour responsables des décisions prises au sein du Conseil des Ministres.

La solution que propose M. Van der Goes van Naters est donc d'ajouter un protocole aux termes duquel la Communauté serait tenue par la Convention.

Comme M. Van der Goes van Naters, M. Vasak estime légitimes les conclusions du rapport, mais refuse de suivre M. Waelbroeck dans son raisonnement.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Caractère obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme pour les institutions communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Tout d'abord, selon M. Vasak, il ne résulte pas, du principe selon lequel les Traités instituant les Communautés ne portent pas atteinte aux conventions antérieures liant les États membres à des pays tiers, l'applicabilité de la Convention européenne aux Communautés car, du fait que les Traités instituant les Communautés ont laissé intacte la Convention européenne des droits de l'homme, on ne peut déduire l'application *ipso facto* de la Convention aux Communautés. M. Waelbroeck sent lui-même la faiblesse de cet argument, puisqu'il écrit : « La solution contraire entraînerait des difficultés inextricables ». Cette manière de raisonner ne paraît pas très convaincante à M. Vasak et, à ses yeux, le premier argument constitue plutôt une pétition de principe.

Quant au second argument, il repose sur l'assimilation de la Convention européenne des droits de l'homme aux principes généraux du droit et le rapport cite à cet égard plusieurs dispositions des Traités instituant les Communautés. Cet argument ne paraît pas davantage convaincant puisqu'il se heurte à l'absence de ratification, de la Convention par la France. Or, M. Waelbroeck écrit à ce sujet : « L'attitude française n'est pas motivée par une différence de vues concernant le fond des dispositions de la Convention, mais par le refus d'accepter les procédés internationaux de recours prévus par celle-ci ». M. Vasak invite alors à relire ici les récentes déclarations du Garde des Sceaux français devant l'Assemblée Nationale, au mois de décembre dernier. M. Foyer a dit, en substance, que si la France n'est pas disposée à ratifier la Convention, c'est également — sinon surtout — pour des raisons de fond. Parmi celles-ci, certaines sont extrêmement importantes, notamment celle qui concerne la compatibilité avec la Convention de la durée de la garde à vue dans la loi instituant la Cour de sûreté de l'État. On a dit également que si la France ne ratifiait pas la Convention, c'est parce que les dispositions les plus importantes des articles 5 et 6 de la Convention sont surtout d'inspiration anglo-saxonne. Dans ces conditions, estime M. Vasak, il est impossible de soutenir que la Convention exprime les principes généraux du droit, applicables comme tels. Même si l'on admettait cette thèse, il n'en résulterait pas pour autant l'application aux Communautés de la Convention en tant que telle. Ce serait la substance de la Convention qui s'appliquerait, mais non point la Convention elle-même.

Cependant les conclusions de M. Waelbroeck, à savoir que la Convention européenne des droits de l'homme lie les Communautés, sont légitimes si on les appuie sur un autre raisonnement. Il faut partir selon M. Vasak, de la théorie kelsénienne ; chaque fois qu'on crée un droit, dans un ordre juridique, il se crée automatiquement une obligation correspondante. Les droits et les obligations sont les deux faces de la même réalité. Il en résulte que les droits qu'on crée au bénéfice des individus dans le cadre de la « Communauté des droits de l'homme » instituée par la Convention doivent être nécessairement complétés par des obliga-

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Caractère obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme pour les institutions communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tions correspondantes. Ces obligations sont supportées par tous ceux qui sont appelés à agir dans le cadre de l'ordre juridique de la Communauté européenne des droits de l'homme : les individus, les États, mais également les Communautés, dans la mesure, bien entendu, où les Communautés prennent des décisions directement applicables. À partir de cette analyse kelsénienne, on en arrive nécessairement à la conclusion que la Convention lie les Communautés. Mais on peut en outre soutenir, ajoute M. Vasak, que la Convention elle-même comporte au moins deux arguments de texte qui vont dans le même sens. Il y a tout d'abord l'article 17 qui interdit notamment à tout groupement de se livrer à des actes et à des activités visant à la destruction des droits et libertés protégés par la Convention. Les Communautés ne constituent-elles pas de tels « groupements », dans la mesure où elles prennent des décisions directement applicables dans l'ordre juridique interne ? Il y a, ensuite, l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme stipulant que « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». Ce « alors même » ne signifie-t-il pas que la violation aurait pu être commise par d'autres personnes que celles agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ? N'en résulte-t-il pas qu'il existe des obligations créées à la charge de tous ceux qui sont appelés à agir dans le cadre de l'ordre juridique créé par la Convention, donc non seulement à la charge des individus, mais également à la charge des Communautés ? D'autres arguments de texte pourraient sans doute être tirés de la Convention qui permettent de conclure, d'abord, que la Convention crée des obligations et, ensuite, que ces obligations pèsent sur tous ceux qui sont appelés à se mouvoir dans le cadre de l'ordre juridique créé par la Convention.

M. Vasak rejette également l'opinion de M. Waelbroeck sur les conséquences d'une violation de la Convention par une institution communautaire, et rejoint les conclusions de M. Van der Goes van Naters au sujet de l'action susceptible d'être engagée contre les États membres des Communautés dans le cas d'une violation de la Convention commise par les organes des Communautés.

Pour M. Vasak, la solution des conséquences d'une violation de la Convention par une institution communautaire se trouve dans l'article 13 de la Convention en vertu duquel « toute personne a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». Pourquoi ne pourrait-on pas envisager une action en justice devant les tribunaux nationaux contre la Communauté pour violation de la Convention ? Aucune raison juridique ne s'y oppose,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Caractère obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme pour les institutions communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

à moins que la Communauté ne jouisse d'une immunité de juridiction dans les États membres, ce qui n'est pas le cas. Les Traités instituant les Communautés, eux-mêmes, semblent contenir des dispositions qui autorisent une telle action en justice. Il en est ainsi de l'article 40 paragraphe 3 du Traité instituant la C.E.C.A. (« Tous autres litiges nés entre la Communauté et les tiers, en dehors de l'application des clauses du présent Traité et des règlements d'application, sont portés devant les tribunaux nationaux ») et des articles correspondants dans les Traités instituant la C.E.E. (article 183) et la C.E.E.A. (article 155).

La possibilité d'engager une action devant les tribunaux nationaux contre les Communautés aura une conséquence curieuse, lorsque le Royaume-Uni adhérera aux Communautés. En effet, une telle action pour violation de la Convention commise par les Communautés pourra être engagée devant les tribunaux des cinq pays membres de la Communauté (en laissant de côté le cas de la France) parce que, dans ces pays, la Convention européenne des droits de l'homme est directement applicable devant les tribunaux nationaux. Aucune action ne pourra cependant être engagée au Royaume-Uni, puisque la Convention ne forme pas partie de l'ordre juridique interne anglais. On en arrive ainsi à une sorte d'inégalité en ce sens que, lorsque le Royaume-Uni adhérera aux Communautés, un citoyen anglais ne pourra pas poursuivre les Communautés pour violation de la Convention devant les tribunaux britanniques alors qu'une telle action pourra être engagée devant les tribunaux allemands, italiens, etc.

Pour terminer ses observations, M. Vasak pose encore une question à propos d'un passage situé à la fin du rapport, et selon lequel :

> « Dans la mesure où la violation peut être imputée à un État membre, la victime pourra, après épuisement des voies de recours nationales et *communautaires*... s'adresser à la Commission européenne des droits de l'homme ». Qu'entend M. Waelbroeck par l'expression « épuisement des voies de recours communautaires » ? Est-ce à dire que, avant de s'adresser à la Commission, le requérant devra non seulement épuiser les voies de recours internes, mais qu'il devra également engager une action devant la Cour de Justice des Communautés ? Une telle conclusion reposant sur l'assimilation assez discutable de la Cour de Justice des Communautés à une juridiction *interne* ne semble pas légitime à M. Vasak.
>
> Le problème posé par le rapport semble au Professeur Partsch assez urgent et il s'associe donc aux propositions très pratiques faites par M. Van der Goes van Naters pour le résoudre.
>
> Examinant ensuite l'argumentation de M. Waelbroeck, l'orateur constate qu'elle repose surtout sur la considération que les droits et libertés énoncés dans la Convention sont généralement consacrés par les droits constitutionnels des six États membres et qu'ils pourraient, de la sorte, être considérés comme des principes généraux de droit obligatoire pour les Communautés.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Caractère obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme pour les institutions communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

> Une thèse semblable, rappelle M. Partsch, a été soutenue — en 1953 — par la Commission des affaires étrangères de la Diète allemande. Mais la doctrine, en Allemagne, ne l'a pas suivi. Elle se heurte surtout d'une part à la méthode suivie par la Convention recherchant une définition très précise des différents droits et libertés et de leurs limites, et d'autre part au fait qu'une comparaison des différentes constitutions des six États membres fait apparaître entre elles des différences considérables quant à la définition de ces droits et aussi à leur degré « d'actualisation juridique ».

Il ne faut pas perdre de vue que l'inclusion d'un droit dans la Convention signifie la volonté de se soumettre à un organe international et de tolérer l'intervention des autres États membres de la Convention en cette matière.

Au surplus il y a, dans le premier protocole additionnel, une clause qui se prête difficilement à une telle argumentation. Son article 1 comporte une garantie du droit de propriété d'une valeur inférieure à celle des garanties constitutionnelles. Mais, par ailleurs, cette garantie s'avère également inférieure à celle qu'offrent les principes généraux du droit international ; il fallait donc prévoir une réserve expresse pour ces principes. Peut-on concevoir qu'un principe général de droit nécessite une réserve en faveur des principes généraux de droit international ?

D'autre part, M. Partsch critique l'intéressante suggestion faite par M. Vasak à propos de l'art. 13. Selon M. Partsch, l'article 13 ne comporte qu'une obligation pour les États membres, tandis que l'article 17 ne contient qu'une règle d'interprétation. Il est difficile de fonder, sur ces articles, des droits individuels à l'encontre d'une organisation étrangère à la Convention.

Pour que les droits reconnus par la Convention soient applicables aux Communautés, il faudrait donc, selon M. Partsch, des dispositions contractuelles expresses.

M. Schermers ratifie également les conclusions de M. Waelbroeck. Mais il revient sur le problème de la violation de la Convention par un organe des Communautés.

M. Waelbroeck estime en effet que les ressortissants des Pays membres, parties à la Convention, peuvent poursuivre leur Gouvernement s'il est possible d'apporter la preuve de sa collaboration à l'établissement de l'acte violant la Convention. Selon lui, aucune action ne peut être entreprise si l'acte est établi sans la collaboration dudit Gouvernement et, par conséquent, la requête d'un néerlandais contre le Gouvernement néerlandais pour violation des droits de l'homme sur le territoire néerlandais commise par la Haute Autorité de la C.E.C.A., par la Commission de la C.E.E. ou peut-être par le Conseil statuant à la majorité, serait irrecevable.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Caractère obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme pour les institutions communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Une telle conclusion ne paraît pas inévitable à M. Schermers. Les Pays-Bas ont en effet reconnu à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la Convention (article 1). Le projet de cet article proposé par l'Assemblée avait attribué le bénéfice de la Convention à « toute personne résidant sur le territoire des États signataires ». La raison pour laquelle le comité d'experts changea cette expression ne se trouvait pas dans le but de restreindre l'application de la Convention, mais dans celui de l'élargir. Le comité a estimé qu'il faudrait accorder le bénéfice de la Convention à toute personne se trouvant sur le territoire des États signataires, même à celles qui ne sauraient être considérées comme y résidant au sens juridique du mot.

Aux yeux de M. Schermers, il n'existe, pour le Gouvernement, aucune possibilité de se disculper en invoquant le transfert de pouvoir opéré en faveur des organes communautaires, de la même manière qu'il n'existe pour lui aucun moyen de se disculper en invoquant l'indépendance des juges nationaux. Lorsqu'un juge viole la Convention, la Commission essaie de parvenir à un règlement amiable et, finalement, la Cour peut reconnaître l'existence d'une infraction à la Convention. Le Gouvernement national ne peut modifier la décision souveraine du juge, il ne peut pas davantage changer une décision de la Haute Autorité de la C.E.C.A. ou de la Commission de la C.E.E. L'article 50 de la Convention a prévu expressément l'éventualité d'une réparation imparfaite des conséquences d'une infraction à la Convention lorsque le droit national d'un État ne le permet pas ; dans ce cas une indemnité équitable peut être accordée.

C'est pourquoi, selon M. Schermers, les Gouvernements des cinq États membres des Communautés qui sont parties à la Convention restent responsables des infractions à la Convention commises par des autorités supranationales sur leurs territoires. Dans l'hypothèse d'une telle infraction, la Commission des droits de l'homme pourrait essayer de trouver un règlement amiable avec le Gouvernement en question. Ce règlement pourrait prévoir certaines démarches du Gouvernement à Bruxelles ou le paiement d'une indemnité.

La phrase « toute autre autorité d'une partie contractante », pour laquelle l'article 50 déclare le Gouvernement responsable, viserait donc également les autorités supranationales auxquelles le pouvoir de prendre des règlements ayant force de loi a été transféré.

À la suite de ces interventions, M. Ophüls émet l'opinion que s'il avait au début quelques raisons de douter, il a maintenant toutes les raisons de croire que la Convention ne lie pas les Communautés. La solution qui lui paraît la seule viable est celle de M. Van der Goes van Naters, surtout dans l'hypothèse d'une fusion des Communautés.

Le Président, M. Pescatore, intervient ensuite avant de laisser la parole à M. Waelbroeck, car il a lui-même quelques questions à poser au sujet du rapport.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Caractère obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme pour les institutions communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Pour M. Pescatore, il y a, face à ce problème, des positions que l'on peut admettre sans difficulté et d'autres qui sont plus discutables. La première position que l'on peut admettre sans difficulté n'est en réalité qu'une hypothèse. Si tous les États membres de la Communauté avaient ratifié la Convention européenne des droits de l'homme, il n'y a pas de doute que les institutions communes et plus précisément la Cour de Justice devraient respecter cette Convention comme une obligation juridique. Or, nous savons que cette hypothèse ne correspond pas à la réalité puisque l'un des États membres n'a pas ratifié la Convention.

Une seconde position acceptable consiste à dire que même en dehors de la Convention des droits de l'homme, les institutions sont obligées de respecter les droits de l'homme et certains principes de liberté qui sont admis comme des garanties fondamentales dans la vie juridique interne des six États. On peut dire que ces droits et libertés, traditionnels dans tous les États membres, font partie du « droit » que la Cour de Justice a mission d'appliquer.

En revanche, M. Pescatore ne croit guère à la possibilité de construire un argument juridique visant à démontrer l'applicabilité formelle de la Convention des droits de l'homme, alors que l'un des six pays membres n'en est pas partie. En particulier, il lui semble impossible d'invoquer à cet effet l'article 234 du Traité C.E.E. qui affirme le respect dû aux droits acquis par les États tiers à l'égard des États membres, antérieurement au Traité. La thèse de M. Waelbroeck a été, souligne M. Pescatore, désavouée par l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'affaire 10-61 (Commission de la C.E.E. contre Gouvernement de la République italienne) citée dans le rapport. Dans cet arrêt, la Cour a souligné que l'article 234 a un effet externe, mais qu'il ne vaut pas dans les relations entre les États membres. En vertu de l'article 234 du Traité C.E.E., la Convention européenne des droits de l'homme pourrait donc bien être invoquée, à l'égard des États membres qui l'ont acceptée, par les États tiers ou par leurs ressortissants (hypothèse dont on imagine d'ailleurs assez mal comment elle pourrait se produire) ; par contre, cet article ne fournit pas d'argument permettant d'invoquer la Convention européenne des droits de l'homme dans les relations intracommunautaires.

M. Waelbroeck répond ensuite aux remarques et objections suscitées par son rapport.

En ce qui concerne le problème de l'imputation aux États membres des violations commises par une institution communautaire, telle que le Conseil, il se défend vivement d'avoir jamais prétendu que le Conseil ne serait pas une institution de la Communauté, dont les décisions s'imposent unilatéralement aux États membres et auxquelles ceux-ci sont tenus de se soumettre. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue qu'aux termes des Traités, le Conseil est composé de représentants des Gouvernements des

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Caractère obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme pour les institutions communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

États membres. Il n'est dès lors pas exclu qu'à l'occasion de leur action au sein du Conseil, ces Gouvernements violent les obligations qui leur incombent en vertu de la Convention des droits de l'homme. Pourquoi résulterait-il du fait que le Conseil est une institution des Communautés, que les Gouvernements des États membres qui le composent peuvent impunément violer la Convention des droits de l'homme ?

M. Waelbroeck évoque ensuite l'arrêt de la Cour de Justice (du 27 février 1962, Recueil VIII, p. 22) qui, selon le Président Pescatore, aurait donné une interprétation contraire à celle qu'il avait lui-même défendue dans son cours de la Haye et sur laquelle le rapporteur s'est lui-même fondé dans son travail. Mais M. Waelbroeck n'interprète pas de la même façon cet arrêt et refuse de croire qu'il contredise la thèse selon laquelle les Communautés seraient tenues de respecter, non seulement vis-à-vis de pays tiers, mais également vis-à-vis des sujets du droit communautaire, les obligations découlant de Traités antérieurement conclus entre un État membre et un pays tiers. La Cour a uniquement eu à se prononcer sur le cas d'un Traité antérieur accordant certains *droits* à l'Italie à l'égard des parties contractantes du G.A.T.T. et elle a décidé que le Traité C.E.E. avait pu restreindre ces *droits* ; elle ne s'est pas prononcée sur la question de savoir quelle aurait été la solution au cas où le Traité antérieur avait imposé à l'Italie des *obligations* à l'égard des pays tiers.

Quant au point de savoir si l'article 234 est susceptible de conférer des droits aux ressortissants de la Communauté, au cas où un accord conclu par un État membre avec un pays tiers était violé par une disposition du droit communautaire, M. Waelbroeck déclare avoir essayé, dans son rapport, de confronter les conséquences qui résulteraient, soit d'une réponse affirmative, soit d'une réponse négative, l'une et l'autre étant possibles, compte tenu du texte. Il a constaté alors que seule une réponse affirmative permettrait d'éviter des conséquences inadmissibles ou illogiques. Il est donc parfaitement justifié de rejeter la solution contraire et l'orateur ne pense pas qu'il y ait là, contrairement à ce que prétend M. Vasak, la moindre pétition de principe.

M. Vasak fait observer que si la France n'avait pas ratifié la Convention, ce n'était pas *uniquement* parce qu'elle n'acceptait pas les recours juridictionnels institués par celle-ci, mais aussi parce qu'elle refusait certaines dispositions de fond, notamment en ce qui concerne la durée de la détention préventive. M. Waelbroeck veut bien admettre cette idée, mais comme il n'est pas question, jusqu'à nouvel ordre, que les Communautés s'arrogent le droit d'imposer des peines privatives de liberté, il ne pense pas que la réserve française en ce qui concerne la détention préventive, puisse empêcher qu'il existe, sur l'ensemble des autres dispositions de la Convention, un très large accord entre les États membres de la Communauté, à tel titre que l'on peut parler de principes généraux du droit.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Caractère obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme pour les institutions communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

M. Waelbroeck évoque ensuite le problème de l'épuisement des voies de recours internes et communautaires abordé par M. Vasak et soumet à ce dernier l'hypothèse où une entreprise entame une procédure contre une amende infligée par la Haute Autorité pour inobservation des règles du Traité C.E.C.A. en invoquant une violation des droits de la défense. M. Waelbroeck se déclare alors persuadé que si cette entreprise s'adresse à la Commission européenne des droits de l'homme, en alléguant une violation de l'article 6 de la Convention, mais sans introduire dans les délais un recours en annulation contre la décision incriminée devant la Cour de Justice des Communautés européennes, la Commission des droits de l'homme déclarera la requête irrecevable pour non épuisement des voies de recours. Ceci montre que le requérant devra épuiser, non seulement les voies de recours prévues par la législation interne, mais aussi celles qui sont organisées par les Traités instituant les Communautés.

M. Vasak propose de fonder l'application de la Convention des droits de l'homme aux Communautés sur les articles 17 et 13 de cette Convention. Mais, note M. Waelbroeck, cette disposition vise les activités « d'un État, un groupement ou un individu » et l'on conçoit mal qu'elle puisse être appliquée aux Communautés européennes. Quant à l'article 13, il garantit le droit à un recours effectif devant une instance nationale ; il aurait tout au plus, dans la thèse de M. Vasak, pour effet d'obliger les États membres à instituer pareil recours, celui-ci n'existant pas à l'heure actuelle. Or, le rapporteur imagine mal que les États membres donnent suite à la suggestion de M. Vasak ; ceci paraîtrait difficilement concevable dans la conjoncture actuelle, et serait au demeurant peu compatible avec l'indépendance qui doit être assurée aux Communautés à l'égard des juridictions nationales.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Caractère obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme pour les institutions communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

2. *Caractère obligatoire pour les États membres*

Après que la Cour de justice eut affirmé, dans plusieurs arrêts rendus en 1969-1970, l'obligation pour les institutions communautaires de respecter les droits fondamentaux, plusieurs auteurs se demandèrent s'il ne fallait pas en déduire que ces droits s'imposent aux États membres eux-mêmes. Une violation de la Convention par un État membre pourrait ainsi être invoquée non seulement devant la Cour européenne des droits de l'homme mais aussi devant la Cour de justice.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Caractère obligatoire pour les États membres
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Cette thèse me paraissait devoir être nuancée. En effet, elle aurait pu aboutir à étendre la compétence de la Cour de justice à des matières entièrement étrangères au droit communautaire. En revanche, il ne me paraissait pas possible non plus d'exclure, comme le proposait le gouvernement du Royaume-Uni dans une des premières affaires où la question s'était posée, tout contrôle par la Cour. À mon avis, un tel contrôle devait être possible lorsqu'un État membre se prévaut d'une clause de sauvegarde en vue de déroger au droit communautaire.

Dans un article dédié à Fernand Dehousse, professeur à l'université de Liège et grand partisan des droits de l'homme ainsi que de la cause européenne, je développai les raisons qui me semblaient justifier l'exercice d'un contrôle ainsi limité.

J'eus la satisfaction, douze ans plus tard, de voir la Cour de justice accepter la même position dans un cas où la Grèce invoquait une clause dérogatoire pour justifier l'adoption d'une mesure dont l'une des parties prétendait qu'elle était contraire à la Convention (780).

« La protection des droits fondamentaux à l'égard des Etats membres dans le cadre communautaire »,
Mélanges Fernand Dehousse,
Bruxelles, Éditions Labor, 1979, pp. 333-335.

Il est maintenant bien établi, depuis les arrêts *Stauder* (781), *Internationale Handelsgesellschaft* (782) et *Nold* (783) que « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect ». Pour la détermination du contenu de ces droits, la Cour de justice est « tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres » (784). Les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme — et en particulier la Convention européenne des droits de l'homme — auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir

(780) C.J. 18 juin 1991, C-260/89, Elliniki Radiofonia Tileorassi, *Rec.* 1991, p. 1-2951. Quoique dans cet arrêt la Cour cite à l'appui de sa solution les arrêts du 11 juillet 1985, 60 et 61/84, *Cinéthèque*, *Rec.*, 1985, p. 2605, point 26, et du 30 septembre 1987, 12/86, *Demirel*, *Rec.* 1987, p. 3719, point 28, le fait est que, dans ces arrêts, elle s'est limitée à déclarer qu'elle *ne pouvait pas* contrôler la compatibilité avec la Convention d'une mesure nationale qui « relève de l'appréciation du législateur national » (arrêt *Cinéthèque*) ou « ne se situe pas dans le cadre du droit communautaire » (arrêt *Demirel*). Elle n'affirmait nullement qu'elle *pouvait* vérifier la compatibilité avec la Convention d'une mesure nationale prise en vertu d'une clause de sauvegarde.

(781) C.J.C.E., 12 novembre 1969, Aff. 29/69, *Rec.*, 1969, p. 419.

(782) C.J.C.E., 16 décembre 1970, Aff. 11/70, *Rec.*, 1970, p. 1125.

(783) C.J.C.E., 14 mai 1974, Aff. 4/73, *Rec.*, 1974, p. 491.

(784) Arrêt *Nold* précité, p. 508.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Caractère obligatoire pour les États membres
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

« des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire » (785).

Il ne saurait donc plus faire de doute qu'un acte du droit communautaire dérivé qui violerait les droits de l'homme pourrait être annulé par la Cour en vertu des articles 173 et 174 du Traité C.E.E. et que son invalidité pourrait être constatée dans le cadre de la procédure préjudicielle prévue à l'article 177.

Moins certaine en revanche est la question de savoir dans quelle mesure les droits fondamentaux communautaires s'imposent au respect des États membres eux-mêmes. Cette question, qui n'avait été qu'effleurée dans l'affaire *Royer* tranchée par l'arrêt du 8 avril 1976 (786), a fait l'objet de considérations plus développées à l'occasion de l'affaire *Watson* du 7 juillet 1976 (787). La Cour ne s'étant pas prononcée dans les arrêts rendus à l'occasion de ces affaires, il nous paraît opportun de faire le point dans cette étude, offerte à la mémoire de l'infatigable défenseur des droits de l'homme et du droit communautaire que fut Fernand Dehousse.

LES THÈSES EN PRÉSENCE

En 1964 déjà, Konrad Zweigert écrivait que les principes non écrits du droit communautaire sont immédiatement applicables en droit interne et doivent à ce titre être respectés par les États membres (788). Si, comme la Cour l'admet aujourd'hui, le respect des droits fondamentaux fait partie de ces principes non écrits, il en résulte qu'il s'impose aux États membres en tant que règle de droit communautaire et que la Cour est compétente pour veiller à son observation.

Cette thèse fut reprise par le conseil de Mademoiselle Watson et de Monsieur Belmann à l'occasion de la procédure devant la Cour de justice. La question soumise à la Cour consistait dans la compatibilité avec le droit communautaire de l'obligation imposée aux étrangers par la législation italienne de se présenter dans les trois jours de leur entrée sur le territoire italien à l'autorité de police afin de « se faire connaître », obligation dont l'inobservation était sanctionnée par des peines d'amendes ou d'emprisonnement et par l'expulsion éventuelle. Tout en alléguant que cette réglementation était incompatible avec les dispositions du Traité, et notamment ses articles 48 à 66, les inculpés invoquaient aussi le respect des droits fondamentaux communs aux ordres juridiques des

(785) Arrêt *Nold*, *ibid.*
(786) Aff. 48/75, *Rec.*, p. 397, spécialement 506-507 et 514-515.
(787) Aff. 118/75, *Rec.*, 1976, p. 1185.
(788) Zweigert, K., « Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten », *Z.a.i.P.r.*, 1964, p. 601, 630.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Caractère obligatoire pour les États membres
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

États membres et reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme, ajoutant que la Cour de justice avait compétence pour se prononcer sur la signification des règles de la Convention et sur les effets qu'elles produisent dans l'ordre juridique des États membres.

C'est également sous cet angle que la question fut posée à la Cour de justice par le *Pretore* de Milan. Celui-ci demanda à la Cour de dire notamment si les principes fondamentaux du droit communautaire comprennent également les principes communs aux États membres et en particulier ceux qui sont énoncés et protégés par la Convention européenne des droits de l'homme (notamment le droit au respect de la vie privée), de telle sorte que la règle nationale qui porterait atteinte à ces principes devrait être écartée.

Dans les observations soumises à la Cour, la Commission ne se contenta pas d'examiner la compatibilité de la réglementation italienne avec le Traité ; elle vérifia aussi si elle était compatible avec les principes énoncés aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit au respect de la vie privée et familiale ; interdiction des discriminations fondées sur l'origine nationale) (789).

Tout autre était l'interprétation du Gouvernement du Royaume-Uni. Selon celui-ci, la Cour ne pourrait avoir égard aux dispositions de la Convention des droits de l'homme que lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité d'actes communautaires. Seules les juridictions nationales et les institutions créées par la Convention pourraient se prononcer sur une mesure nationale prétendument contraire à la Convention.

Dans ses conclusions, M. l'Avocat général Trabucchi adopta une position proche de celle des inculpés et de la Commission. Selon lui, le respect des droits fondamentaux peut revêtir de l'importance dans le cadre de l'application du droit communautaire en vue d'établir la légalité de l'attitude de l'État à l'égard du droit à une liberté que le Traité reconnaît aux particuliers. Le fait que les actes des États sont soumis au contrôle de leurs juridictions internes et des institutions de la Convention n'empêche pas que la Cour de justice puisse, sans empiéter sur les compétences d'autres juridictions, censurer la violation d'un droit fondamental par une autorité étatique « dans la mesure où le droit fondamental dont la violation est alléguée peut être rapporté à la protection d'un droit économique constituant un des objets spécifiques du Traité » (790).

Dans son arrêt, la Cour s'est prudemment abstenue de prendre position. « Interprétant » les questions posées par le *Pretore* de Milan, elle commence par constater que celles-ci concernent, « pour l'essentiel, l'in-

(789) Il est intéressant de relever que, déjà à l'occasion de l'affaire *Royer*, la Commission avait émis une thèse semblable au stade des observations orales : *Rec.*, 1976, pp. 506-507.

(790) Voy. *Rec.*, 1976, p. 1207.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Caractère obligatoire pour les États membres
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

terprétation des articles 7 et 48 à 66 du Traité ». Elle ajoute « qu'il est demandé en outre si les normes communautaires susvisées constituent des principes fondamentaux, engendrant des droits en faveur des particuliers et primant les normes nationales contraires ». La Cour évite ainsi de prendre parti sur le point de savoir si les principes fondamentaux relatifs à la protection des droits de l'homme énoncés par les constitutions nationales et par la Convention sont applicables à l'action des États Membres dans le cadre du Traité et si la Cour de justice est compétente pour se prononcer sur la conformité de l'action des États membres avec ces principes.

RÉFLEXIONS PERSONNELLES

1. Il importe tout d'abord de distinguer nettement entre les droits conférés aux individus par le droit communautaire écrit et les droits fondamentaux garantis par les constitutions et la Convention, dont la Cour a consacré l'appartenance au droit communautaire non écrit. Les premiers constituent le corollaire de l'interdiction des restrictions aux échanges et des discriminations fondées sur la nationalité imposée aux États membres dans le but de réaliser la fusion des marchés nationaux en un marché unique. Ils ont une composante économique accusée.

En revanche, les droits fondamentaux proprement dits sont reconnus à l'individu comme tels et garantissent sa liberté individuelle, sa liberté d'opinion et d'expression, son droit de défense, son droit de s'associer,... indépendamment de toute considération de nationalité et sans égard pour le caractère économique ou non de l'activité exercée.

Il va de soi que la Cour de justice est pleinement compétente pour contrôler le respect par les États membres des droits résultant pour les individus du droit communautaire écrit. Le problème que nous examinons ici ne concerne que les droits fondamentaux proprement dits, dans la mesure où ceux-ci sont consacrés par le droit communautaire non écrit. Cette distinction n'est pas toujours faite avec suffisamment de clarté (791).

2. Du fait que l'objectif du Traité est essentiellement économique, le respect des droits fondamentaux ne peut être assuré dans le cadre des procédures communautaires que s'il existe un lien de rattachement suffisant entre le droit fondamental dont la violation est alléguée et le Traité.

(791) Voy. notamment le libellé des questions soumises par le *Pretore* de Milan dans l'affaire *Watson*, de même que l'argumentation des inculpés au principal, rapportées au *Rec.*, 1976, pp. 1189 et suiv.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Caractère obligatoire pour les États membres
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Si la violation est le fait d'un acte d'une institution de la Communauté, ce lien de rattachement est évident. En revanche, il sera plus difficile à trouver si la violation émane d'une autorité nationale.

On peut néanmoins estimer que, dans les affaires *Royer* et *Watson*, un lien suffisant existait. En effet, comme l'ont relevé tant la Commission que l'Avocat général, il s'agissait, dans les deux cas, de porter un jugement sur l'utilisation faite par un État membre d'une clause dérogatoire au Traité. C'est afin de vérifier si une mesure nationale était « justifiée » au sens du Traité que la Commission et l'Avocat général proposaient de faire appel aux « droits fondamentaux ». Il apparaît légitime, dans une telle hypothèse, de contrôler la compatibilité de la mesure nationale non seulement avec le droit communautaire *stricto sensu* mais aussi avec les principes généraux du droit, et notamment les droits de l'homme.

En l'absence d'un lien de rattachement avec le Traité, le contrôle de la conformité de l'action d'un État membre avec les droits fondamentaux ne paraît pas pouvoir être assuré dans le cadre communautaire. Seules les juridictions internes et les institutions de la Convention ont compétence à cet égard.

3. L'exigence d'un lien de rattachement avec le Traité fait apparaître un autre trait distinctif de la protection des droits fondamentaux à l'égard des États membres dans le cadre communautaire : le champ d'application personnel de cette protection est singulièrement limité si on le compare avec la protection garantie par la Convention. D'une part, seuls les ressortissants communautaires peuvent s'en prévaloir, alors qu'aux termes de l'article 1er de la Convention, les droits et libertés garantis doivent être assurés à toute personne relevant de la juridiction des Parties contractantes. Dans le cadre communautaire, il ne suffira d'ailleurs pas d'être ressortissant d'un État membre : il faudra établir que l'on est en droit d'invoquer une liberté garantie par le Traité. Cela ressort très clairement de la démarche suivie par la Cour dans les arrêts *Royer* et *Watson*. La Cour affirme en effet la nécessité pour la juridiction nationale de rechercher si le ressortissant en cause « bénéficie des dispositions de l'un ou l'autre des chapitres » du Traité (792).

Cette limitation du champ d'application personnel devrait, à notre avis, inciter la Cour à faire preuve de prudence dans la portée à reconnaître aux droits fondamentaux le jour où — comme nous l'espérons — elle se résoudra à en vérifier le respect par les États membres. En effet, les droits en question n'étant pas rattachés à la nationalité mais étant inhérents à la personne humaine, il en résulte qu'une décision de la Cour constatant qu'une mesure nationale donnée est incompatible avec un

(792) Voy. arrêt *Watson*, p. 1196. Voy. aussi, implicitement, dans le même sens, l'arrêt *Royer*, p. 510.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Caractère obligatoire pour les États membres
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

droit fondamental, implique nécessairement que cette mesure ne peut plus être appliquée *à qui que ce soit*, qu'il s'agisse d'un ressortissant d'un État membre ou d'un pays tiers, que l'individu en cause puisse ou non se prévaloir d'une liberté garantie par le Traité. Certes, la Cour ne peut pas elle-même tirer cette conséquence de son arrêt ; c'est aux juridictions nationales qu'il incombe de le faire (793). Cela n'empêche qu'en raison même de la nature du contrôle que la Cour exerce par ce biais, la décision qu'elle est amenée à rendre a nécessairement *vocation* à s'appliquer dans d'autres cas que ceux qui relèvent strictement de sa compétence. C'est pourquoi, comme nous l'avons dit, nous pensons que la Cour devra procéder avec la plus grande circonspection avant de déclarer une mesure nationale contraire aux droits fondamentaux des individus.

(janvier 1977)

* * *

(793) Du moins si elles partagent l'avis de la Cour de justice quant à l'existence d'une violation. En effet, on saurait difficilement admettre qu'elles soient liées par la décision de la Cour sur ce point.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Caractère obligatoire pour les États membres
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

3. *Vers une adhésion de la Communauté à la Convention*

Même si je considérais que la Convention européenne des droits de l'homme lie la Communauté, j'étais bien obligé de reconnaître que le système de recours prévu par la Convention en cas de violation ne pouvait être pas être utilisé lorsque la violation était imputable à une institution communautaire. C'est pourquoi je proposais de permettre d'exercer le recours contre les États membres. Je considérais en effet que ceux-ci n'avaient pu se décharger, en créant la Communauté, de leur obligation de veiller à ce qu'aucune violation des droits de l'homme ne soit commise à l'égard des personnes soumises à leur juridiction (794).

Mais il s'agissait là d'un pis-aller. Si l'on voulait établir un système de protection pleinement efficace, il était nécessaire de prévoir l'adhésion de la Communauté en tant que telle à la Convention.

Grande fut donc ma déception lorsque, par son avis du 28 mars 1996, la Cour déclara qu'une telle adhésion, qui était envisagée à l'époque, nécessiterait une révision du traité. Je fis part de ma déception aux lecteurs des Cahiers de droit européen dans un éditorial.

---

(794) Voy. *supra*, pp. 209-219 « La Convention européenne des droits de l'homme lie-t-elle les Communautés européennes ? »

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Vers une adhésion de la Communauté à la Convention
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

« La Cour de Justice et la Convention européenne des droits de l'homme »,
Cahiers de droit européen,
n°s 5-6, pp. 549-553.

Alea jacta est. Depuis le 28 mars 1996, il ne fait plus de doute que, pour que la Communauté puisse adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme, une révision du traité C.E. est nécessaire. Selon la Cour de justice, une telle adhésion n'entre pas dans les compétences de la Communauté, telle que celle-ci existe aujourd'hui. Même l'article 235 du traité ne permet pas de la fonder.

Si la prudence de la Cour peut se comprendre, en présence de l'attitude négative des gouvernements de cinq des États Membres, elle n'en est pas moins regrettable.

En effet, de quoi s'agissait-il ? Uniquement de permettre à la Communauté de se soumettre à un régime de contrôle des droits de l'homme que chacun de ses États membres avait déjà accepté, depuis longtemps, chacun pour ce qui le concerne, sans que cela donne lieu à des problèmes de la même envergure.

L'adhésion de la Communauté à la Convention devient chaque année plus nécessaire. En effet, plus le domaine des compétences communautaires s'étend, plus il s'impose de veiller à ce que ceux qui leur sont soumis continuent à bénéficier des garanties qui leur étaient assurées sous l'empire de leur droit national. Certes, la Cour de justice reconnaît depuis l'arrêt *Stauder* (795) que la protection des droits de l'homme fait partie des principes généraux du droit dont elle a pour mission d'assurer le respect. Toutefois, pour utile qu'elle soit, cette jurisprudence ne saurait remplacer l'exercice d'un contrôle externe. En effet, en tant qu'institution communautaire ayant pour tâche de faire avancer la construction européenne, la Cour de justice a tendance à n'admettre que difficilement de donner la suprématie, dans les cas marginaux, à la protection d'une liberté individuelle à l'encontre d'une mesure qui lui est présentée comme répondant à l'intérêt général de la Communauté (796). Il est frappant de constater que, dans les cas où le problème lui a été posé, la Cour a généralement considéré que l'atteinte portée par la mesure communautaire contestée était justifiée par des considérations d'intérêt commu-

(795) C.J., 12 novembre 1969, aff. 29/69, *Rec.*, 1969, p. 419.

(796) Certes, comme le relève le Professeur Arnull, il est arrivé que la Cour aille plus loin dans la protection des droits individuels que ne l'aurait fait la Cour européenne des droits de l'homme (A.M. Arnull, « Opinion 2/94 and its Implications for the Future Constitution of the Union », Cels, *Occasional Papers*, Cambridge, 1996, p. 10, qui donne l'exemple des transsexués) mais il ne s'agissait pas, dans ce cas, d'une mesure émanant d'une institution communautaire.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Vers une adhésion de la Communauté à la Convention
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

nautaire supérieur — au risque d'être parfois démentie par la suite par la Cour européenne des droits de l'homme (797).

À cela s'ajoute que le système de recours juridictionnels dont disposent les particuliers en vertu de l'article 173, 4e alinéa, du traité comporte des lacunes qui ont souvent été mises en lumière et qui risquent d'aboutir à ce que la victime d'un acte d'une institution lésant un de ses droits fondamentaux soit dans l'impossibilité d'en demander l'annulation par la Cour de justice.

La situation actuelle ne saurait donc être considérée comme satisfaisante (798).

La simple addition d'un « Catalogue » de droits de l'homme ne suffirait pas à y porter remède. Outre le fait que les droits ainsi garantis pourraient ne pas être aussi étendus que ceux prévus par la Convention européenne, leur interprétation risquerait de se faire dans un sens ne concordant pas avec celui donné par la Cour européenne.

À l'appui de leur thèse restrictive, les gouvernements qui s'opposaient à la reconnaissance de la compétence communautaire faisaient valoir que la protection des droits de l'homme ne rentre pas dans les objectifs assignés à la Communauté.

Une telle conception paraît singulièrement réductrice. S'il est vrai que le traité n'assigne pas à la Communauté une mission spécifique en matière de protection des droits de l'homme et qu'il ne prévoit pas explicitement la conclusion par la Communauté de conventions internationales dans ce domaine (ainsi d'ailleurs que nous le relevions nous-mêmes dans l'étude que nous avons consacrée, il y a plus de trente ans, à ce sujet) (799), cela ne signifie pas que, dans l'exercice de leurs activités, les institutions communautaires soient libres de transgresser ces droits. Faut-il rappeler que le préambule du traité sur l'Union européenne souligne l'attachement des États membres « aux principes de la liberté, de la démocratie, et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'État de droit » ? S'il est vrai que cette affirmation ne fait pas, à strictement parler, partie du « droit communautaire » dont

(797) Comparer l'arrêt *Orkem* de la Cour de Justice du 8 octobre 1989 (aff. 374/87, *Rec.*, 1989, p. 3283) avec l'arrêt *Funke* de la Cour européenne des Droits de l'Homme, de même que l'arrêt *Hoechst* de la Cour de Justice du 21 septembre 1989 (aff. jtes 46/87 et 227/88, *Rec.*, 1989, p. 2859) avec les arrêts *Chappell* et *Niemiez* de la Cour européenne des Droits de l'Homme : voyez à ce sujet D. Waelbroeck, « Fundamental Rights in the European Union — Possible Developments in the Years to Come », in : *The Developing Role of the European Court of Justice*, European Policy Forum, août 1995, pp. 17-27.

(798) Voyez B. Favreau, « L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Journal de l'Union des Avocats européens*, décembre 1996, pp. 18, 20.

(799) Voyez M. Waelbroeck, « La Convention européenne des droits de l'homme lie-t-elle les Communautés européennes ? », in : *Droit communautaire et droit national*, *Semaine de Bruges 1965*, Bruges, 1966, pp. 305, 308, note 2.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Vers une adhésion de la Communauté à la Convention
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

la Cour assure le respect (800), il est difficile de ne pas en tenir compte dans la mise en œuvre de ce droit. En effet, selon l'article A, troisième alinéa, du traité sur l'Union européenne, cette Union est « fondée » sur les Communautés. Dans ces conditions, comment ne pas admettre qu'une action permettant d'assurer aux principes énoncés par le préambule du traité sur l'Union européenne la même garantie internationale que celle que l'ensemble des États membres leur assure, est « nécessaire pour l'un des objets de la Communauté » (801) ?

Les gouvernements réfractaires invoquaient aussi le souci de préserver l'autonomie de l'ordre juridique communautaire ainsi que le monopole d'interprétation reconnu à la Cour de justice.

Cet argument, lui aussi, paraît spécieux. En effet, dans son avis 1/91, la Cour a reconnu que, lorsqu'un accord international prévoit un système juridictionnel propre qui comprend une cour compétente pour régler les différends entre parties contractantes, les décisions de cette cour pourront revêtir un caractère obligatoire à l'égard des institutions de la Communauté, y compris la Cour elle-même, sans que cela mette en cause l'autonomie de l'ordre juridique communautaire (802). Se fonder sur l'autonomie de l'ordre juridique communautaire pour dénier à la Communauté la compétence pour souscrire des engagements en matière de protection internationale des droits de l'homme revient à dire que le traité C.E. impose de considérer que la Cour communautaire est nécessairement l'arbitre suprême du respect des droits de l'homme et qu'elle ne peut d'aucune façon être obligée à reconnaître aux arrêts de la Cour européenne une autorité supérieure. Une telle thèse est démentie par la Cour communautaire, dans la mesure où celle-ci a toujours, jusqu'à présent, interprété la Convention européenne conformément à l'interprétation donnée par les organes de contrôle de cette Convention (803).

Faut-il craindre, compte tenu de ce que la composition du Conseil de l'Europe est plus vaste que celle de l'Union européenne, qu'en permettant à la Cour européenne des droits de l'homme de contrôler la compatibilité du droit communautaire avec la Convention, on crée une dépendance du droit communautaire à l'égard d'États qui lui sont extérieurs ?

Une telle conception, qui revient à affirmer que seuls les organes institués par un ordre juridique déterminé sont qualifiés pour assurer le respect des droits de l'homme au sein de cet ordre juridique, va radicalement à l'encontre de la notion même de sauvegarde internationale des

(800) Article L du traité sur l'Union européenne.

(801) Article 235 du traité C.E.

(802) Avis 1/91 du 14 décembre 1991, *Rec.*, 1991, p. I-6079, attendus 39 et 40.

(803) Voyez O. de Schutter et Y. Lejeune, « L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme », plus loin dans ce numéro, au para. 37.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Vers une adhésion de la Communauté à la Convention
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

droits de l'homme qui constitue le fondement du système mis en place par la Convention européenne.

Certains gouvernements ont fait valoir que, pour déterminer s'il y a eu épuisement des voies de recours internes, la Cour européenne pourrait être amenée à statuer sur la compétence de la Cour de justice dans un cas d'espèce, notamment pour vérifier si un particulier, victime d'une violation alléguée, aurait pu agir en annulation contre l'acte communautaire qu'il conteste. Mais il s'agit là d'un problème qui se pose de manière générale à toute juridiction internationale ayant à se prononcer sur le problème de l'épuisement des voies de recours internes. Jamais on n'a vu dans cette possibilité une atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique des États soumis à cette juridiction.

Enfin, l'argument selon lequel la Cour européenne pourrait être appelée à se prononcer sur la répartition des compétences entre la Communauté et ses États membres lorsqu'il s'agit pour elle de décider si une violation est imputable ou non à la Communauté (804) ne paraît pas non plus décisif. En effet, il n'est pas évident que, lorsqu'il s'agit d'établir les responsabilités respectives de la Communauté et de ses États membres, il faille appliquer les mêmes critères que ceux qui servent à délimiter les compétences communautaires des compétences nationales (805). Il n'est en effet pas exclu qu'un État membre doive répondre d'un acte adopté par une institution communautaire dans la mesure où cet État a coopéré à l'adoption de cet acte (806).

Ceci dit, il est incontestable que l'adhésion de la Communauté — comme celle de tout sujet de droit international — à un mécanisme international de protection des droits de l'homme implique un « changement substantiel » par rapport au régime existant antérieurement. Toutefois, affirmer qu'une telle modification revêt « une envergure constitutionnelle » et nécessite, de ce fait, une modification de la norme fondamentale régissant l'ordre juridique en question, paraît quelque peu exagéré. L'on ne voit pas bien pourquoi ce que les États ont pu réaliser par l'adoption de simples dispositions législatives nécessite, pour la Communauté, une révision du traité constitutif. Une conception aussi rigide des possibilités de participation de la Communauté à des organisations internationales risque d'avoir un effet paralysant à l'avenir. Il nous paraîtrait important que la Cour adopte une conception plus flexible des possibilités pour la Communauté de participer aux relations internationales, à

(804) Voyez à ce sujet l'article d'O. de Schutter et Y. Lejeune, *infra*, n° 44.

(805) La question ne se pose donc pas dans les mêmes termes que dans l'affaire de l'Espace économique européen où la Cour aurait effectivement dû se prononcer sur une question de répartition des compétences (voy. attendus 32 à 36 de l'avis 1/91, cité *supra*, note 8).

(806) Voyez en ce sens M. Waelbroeck, *étude citée*, p. 317.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Vers une adhésion de la Communauté à la Convention
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

défaut de quoi l'action internationale future de la Communauté risque d'être sérieusement entravée.

* * *

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Vers une adhésion de la Communauté à la Convention
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

III. Les accords externes des communautés européennes

1. *Capacité de conclure*

Le célèbre arrêt *A.E.T.R.*, par lequel la Cour a affirmé pour la première fois la capacité de la Communauté économique européenne de conclure des accords internationaux dans des domaines où cette capacité n'était pas prévue par une disposition expresse du traité, a donné lieu à l'époque à de très vives critiques. Celles-ci ne me paraissaient pas justifiées :

« L'arrêt A.E.T.R. et les compétences externes de la Communauté économique européenne »,
Intégration, 1971-2, pp. 79-89.

1. CONSIDÉRATIONS LIMINAIRES.

La Cour de Justice a rendu, le 31 mars 1971, un arrêt d'une importance fondamentale pour l'avenir institutionnel de la Communauté économique européenne. (807) L'intérêt de l'affaire, déjà évident par l'identité des parties qu'elle opposait — c'est en effet la première fois qu'un recours est exercé par la Commission contre le Conseil — réside principalement dans l'objet du litige soumis à la Cour : il s'agissait en effet de déterminer l'étendue de la compétence communautaire en matière de conclusion d'accords internationaux. Cette compétence est-elle, comme le soutenait le Conseil, strictement limitée aux cas expressément prévus par le traité ? En ce cas, elle s'étendrait uniquement à la conclusion d'accords tarifaires, commerciaux et d'association, (808) et à l'établissement de liens de coopération avec certaines autres organisations internationales ; (809) dans tous les autres domaines, des engagements internationaux ne pour-

(807) Aff. 22-70, *Commission c. Conseil* (*A.E.T.R.*), *Recueil*, t. XVII, p. 263.
(808) Articles 111, 113 et 238.
(809) Articles 229, 230 et 231.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Capacité de conclure
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

raient être assumés que par les États membres, agissant le cas échéant de façon coordonnée, mais non par la Communauté en tant que telle. (810) Faut-il, au contraire, admettre avec la Commission que la Communauté puisse conclure des accords avec des pays tiers concernant des matières pour lesquelles le traité n'a pas explicitement prévu ce pouvoir et, dans l'affirmative, quelles sont les limites de cette compétence ? C'est cette question cruciale que la Cour a tranchée par son arrêt.

2. LES FAITS.

Le litige est né à l'occasion de négociations menées avec des pays tiers concernant les conditions de travail des équipages des véhicules effectuant des transports internationaux par route. La Commission économique pour l'Europe de l'Organisation des Nations Unies avait proposé à la signature des gouvernements de différents États un accord européen relatif au travail des équipages des véhicules routiers, désigné communément par le sigle A.E.T.R. Cet accord fut signé le 19 janvier 1962 par dix-huit gouvernements, dont ceux de cinq des six États membres de la Communauté économique européenne. Toutefois, il n'entra pas en vigueur, faute d'avoir recueilli le nombre de ratifications nécessaires.

À partir de 1966, la Communauté commença à se préoccuper de la question et un projet de règlement fut préparé. Ceci eut pour effet de relancer la négociation de Genève en vue de réviser l'accord A.E.T.R. C'est ainsi que les travaux poursuivis sur le plan communautaire en matière d'harmonisation des durées de conduite et de repos des conducteurs de véhicules aboutirent au règlement n° 543/69 du Conseil, du 25 mars 1969, relatif à l'harmonisation de certaines dispositions en matière sociale dans le domaine des transports par route, (811) tandis qu'à Genève, les négociations pour apporter à l'A.E.T.R. les modifications jugées souhaitables progressaient favorablement.

Au cours de sa session du 20 mars 1970, le Conseil délibéra sur l'attitude à prendre par les six États membres dans les négociations de Genève. Il convint que, conformément à la ligne de conduite déjà arrêtée en juillet 1968, ces négociations seraient poursuivies et conclues par les États membres qui deviendraient parties contractantes à l'A.E.T.R. Tout au cours des négociations et lors de la conclusion, les États membres mèneraient une action commune en coordonnant leur position selon les procédures habituelles, avec association étroite des institutions communautaires,

(810) Sans préjudice d'un recours possible à l'article 235 du traité, qui permet au Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée, de prendre « les dispositions appropriées » lorsqu'une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que les pouvoirs d'action requis aient été prévus par le traité.

(811) *J.O.C.E.*, 27 mars 1969, n° L 77, p. 49.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Capacité de conclure
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

la délégation assurant la présidence du Conseil agissant en qualité de porte-parole. Il constata en outre que, pour permettre aux États membres d'assurer les obligations découlant de l'A.E.T.R., le règlement n° 543/69 devrait être modifié avant le 1er octobre 1970, de manière à permettre la coexistence des deux réglementations. Compte tenu de cette nécessité, le Conseil invita la Commission à lui soumettre en temps utile les propositions permettant les adaptations nécessaires du règlement à l'A.E.T.R.

Dès 1968, la Commission avait formulé des réserves quant à la façon dont étaient conduites les négociations de Genève. Sans jamais, ainsi que le relève M. l'avocat général Dutheillet de Lamothe dans ses conclusions, revendiquer pour elle-même le droit de mener seule ces négociations au nom de la Communauté, sans jamais non plus saisir le Conseil de propositions formelles, elle avait, chaque fois que la question avait été discutée, manifesté sa volonté d'être plus étroitement associée à la négociation, notamment par la présence à Genève de ses experts aux côtés de ceux des États membres. Mais le Conseil n'avait pas accédé à cette demande. Lors de la session du Conseil du 20 mars 1970, la Commission devait confirmer les réserves qu'elle avait émises quant à la procédure envisagée, déclarant qu'elle considérait la position prise par le Conseil comme non conforme au traité. Ceci n'empêcha pas les États membres de se rendre à Genève et de conclure les négociations, conformément à la délibération du 20 mars 1970, lors de la réunion qui devait se tenir les 2 et 3 avril pour arrêter le texte définitif de l'A.E.T.R. modifié.

La Commission introduisit le 19 mai 1970 un recours en annulation de la délibération du Conseil du 20 mars 1970. C'est à cette occasion que fut rendu l'arrêt commenté, lequel rejette le recours comme non fondé, tout en accueillant pour l'essentiel le raisonnement par lequel la Commission l'avait justifié.

3 LES POSITIONS DE LA DOCTRINE.

Avant d'exposer la motivation de l'arrêt, il est utile de rappeler les thèses qui avaient été avancées en doctrine au sujet de la capacité pour la Communauté de conclure des accords internationaux.

(a) La théorie de l'attribution stricte des compétences externes.

Les premiers commentateurs du droit des relations extérieures de la C.E.E. ont généralement soutenu la thèse selon laquelle la Communauté ne jouirait de la compétence de conclure des accords avec des pays tiers ou d'autres organisations internationales que dans les cas où pareille compétence lui est expressément reconnue. (812)

(812) Voy. en ce sens Wohlfarth-Everling-Glaesner-Sprung, *Die EWG, Kommentar zum Vertrag*, Berlin, 1960, art. 228, annotation 3 ; P. Pescatore, *Les relations extérieures des Commu-*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Capacité de conclure
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Cette thèse se fonde essentiellement sur la volonté présumée des auteurs du traité. Elle fait observer que, contrairement au traité Euratom, dont l'article 101 permet à la Communauté nucléaire de s'engager par la conclusion d'accords ou conventions « dans le cadre de sa compétence », l'article 228 du traité C.E.E. ne règle la procédure de négociation internationale que « dans les cas où les dispositions du présent traité prévoient la conclusion d'accords entre la Communauté et un ou plusieurs États ou une organisation internationale ». La confrontation de ces deux textes laisserait clairement apparaître la volonté des négociateurs de ne pas accorder à la Communauté économique une compétence externe correspondant à toute l'étendue de ses compétences internes, mais de la limiter aux seuls cas spécifiquement prévus. La règle *foro interno*, *foro externo*, ne serait donc pas d'application à la Communauté économique. (813)

Un autre argument souvent invoqué est la valeur variable, non seulement de secteur à secteur, mais également dans le temps, des compétences internes des Communautés. Dans ces conditions, sous peine d'introduire une insécurité juridique difficilement acceptable, on ne saurait admettre que les limites des compétences externes se calquent sur celles que le traité assigne aux pouvoirs internes. La stabilité et la sécurité des relations internationales exigeraient une attribution explicite de pouvoirs externes. (814)

Enfin, on fait observer que la plupart des compétences communautaires seraient concurrentes, les États membres demeurant libres d'agir dans la mesure où ils respectent les mesures arrêtées par la Communauté. On ne saurait donc les priver de leur liberté d'action internationale dans ces matières. Les seuls domaines où le traité prévoit des compétences communautaires exclusives, à savoir les tarifs douaniers et la politique commerciale, sont précisément ceux pour lesquels la conclusion d'accords communautaires est envisagée par les articles 111 et 113. (815)

Lorsque la nécessité se ferait ressentir de négocier avec des pays tiers au sujet de matières pour lesquelles le traité ne reconnaît pas expressément le *Treaty-making power* à la Communauté, on devrait avoir recours soit à la forme des accords collectifs, conclus avec la participation de tous

---

nautés européennes, *R.C.A.D.I.*, 1961, II, p. 3, 95 et s. ; H.H. Maas, *Enkele aspecten van handelspolitieke problemen van de E.E.G.*, *Studies en voordrachten van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid*, *Vrije Universiteit te Brussel*, 1963, II, p. 7, 16 ; J. Megret, *Le pouvoir de la Communauté économique européenne de conclure des accords internationaux*, in *Rev. mar. comm.*, 1964, p. 529, 531 ; E. Wohlfarth, *Fondements juridiques des relations entre les Communautés européennes et les États tiers*, Bruxelles, Institut d'Études européennes, 1964, p. 17. Voy. aussi : L.J. Brinkhorst, *La politique commerciale*, in *Les relations extérieures de la Communauté européenne unifiée*, Liège, 1969, p. 232.

(813) Voy. en ce sens tous les auteurs cités à la note précédente.

(814) Voy. en ce sens P. Pescatore, cours cité, p. 97 et 98 ; J. Megret, *article cité*, p. 531.

(815) Voy. en ce sens Wohlfarth-Everling-Glaesner-Sprung, *op. cit.*, Article 228, annotation 4 ; P. Pescatore, *cours cité*, p. 109.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Capacité de conclure
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

les États membres agissant comme un groupe solidaire, soit au procédé des accords mixtes, avec la participation simultanée des États membres et de la Communauté, soit enfin à la conclusion par la Communauté au nom de la collectivité des États membres, les institutions servant alors de mandataires communs (816).

(b) Atténuations apportées à la théorie de l'attribution stricte.

De plusieurs côtés, la nécessité s'est fait sentir d'atténuer ce que la théorie de l'attribution stricte des compétences communautaires externes avait d'absolu. C'est ainsi que, dans un exposé sur la personnalité de droit international des Communautés, postérieur au cours de La Haye dans lequel il soutenait la thèse restrictive, le professeur Pescatore constate que la possibilité d'une interprétation extensive ne semble pas devoir être exclue, puisqu'on a déjà vu la C.E.E. conclure pendant la période transitoire des accords stylés comme « accords de commerce », alors que le traité ne mentionne expressément, pour cette période, que les « négociations tarifaires ». (817) De même, dans son cours d'organisations européennes, le professeur Reuter n'exclut pas une évolution allant dans le sens de l'adoption, pour la C.E.E., de la thèse *foro interno*, *foro externo*, même s'il constate que jusqu'à présent, les États membres s'y sont opposés. (818)

Les efforts en vue d'atténuer la rigueur de la doctrine classique ont porté principalement dans deux directions :

— l'admission de la possibilité d'attributions implicites de compétences externes ;

— l'interprétation large de la notion d'accord commercial.

(i) La possibilité d'attributions implicites.

Même si l'on admet que la Communauté ne peut conclure d'accords que dans les matières pour lesquelles cette compétence lui est reconnue par le traité, rien n'oblige à considérer qu'une disposition expresse soit requise à cette fin. L'article 228 ne pose pas une telle exigence ; il se borne à renvoyer aux cas où les dispositions du traité « prévoient la conclusion d'accords ».

(816) P. Pescatore, *cours cité*, p. 110 et 111. Voy. aussi Wohlfarth-Everling-Glaesner-Sprung, *op. cit.*, article 228, annotation 5.

(817) P. Pescatore, *Les Communautés en tant que personnes de droit international*, in *Le droit des Communautés européennes*, Bruxelles, 1969, n° 345.

(818) P. Reuter, *Organisations européennes*, Paris, 1965, p. 394. Voy. aussi R. Pinto, *Organisations européennes*, Paris, 1965, p. 287 ; J. Raux, *Les relations extérieures de la Communauté économique européenne*, Paris, 1966, p. 55.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Capacité de conclure
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Ainsi, un article du traité permettant au Conseil ou à la Commission de prendre les « dispositions utiles », sans préciser la nature de ces dispositions, contient une habilitation implicite de conclure des accords internationaux concernant la matière visée. (819) Tel est le cas, ainsi que le soulignait la Commission dans son argumentation devant la Cour, de l'article 75 par. 1 litt. (c) du traité C.E.E. relatif à l'élaboration de la politique commune des transports.

(ii) L'interprétation large de la notion d'accord commercial.

Les partisans de la doctrine classique admettent que la Communauté peut, en vertu de l'article 113 du traité, conclure des accords commerciaux, c'est-à-dire des accords relatifs à des mesures de politique commerciale. Toutefois, lorsqu'on en vient à définir le contenu possible de ces accords, les opinions font preuve d'une certaine incohérence.

La plupart des auteurs considèrent que la politique commerciale, et donc la capacité de conclure des accords, s'étendent aux relations économiques extérieures dans leur ensemble, à l'exception des domaines régis par des dispositions particulières du traité ; (820) elles comprennent en tout cas les échanges de marchandises et de services, ainsi que les payements y afférents. (821)

Cette interprétation pourrait être satisfaisante si, immédiatement après l'avoir énoncée, les mêmes auteurs ne s'empressaient d'inclure, parmi les domaines ne relevant pas de la politique commerciale, ceux pour lesquels le traité prévoit la réalisation de la libre circulation interne sans envisager une harmonisation à l'égard de l'extérieur. Ainsi, les échanges de travailleurs, le droit d'établissement, les règles sur la libre concurrence, voire même les transports, échapperaient à la politique commerciale de la Communauté. (822) Or, il s'agit incontestablement de matières susceptibles d'intéresser les relations économiques de la Communauté avec les pays tiers. Ce n'est que par confusion que l'on peut dire qu'étant régies par des dispositions particulières du traité, elles ne sauraient relever de la politique commerciale : en effet, les dispositions en cause (823) ont pour seul objet de libérer les échanges dans les relations intracommunautaires et n'attribuent à la Communauté aucune compétence en ce qui concerne l'attitude à adopter dans les relations

(819) Cette thèse a été soutenue pour la première fois à notre connaissance par G. Lörcher, *Der Abschluß völkerrechtlicher Verträge nach dem Recht der drei Europäischen Gemeinschaften*, Bonn, 1965, p. 120 et 121. Elle fut reprise par la Commission dans son argumentation devant la Cour.

(820) P. Pescatore, *cours cité*, p. 84 ; U. Everling, *Die gemeinsame Handelspolitik*, in *Les relations extérieures de la Communauté unifiée*, cit., p. 190 et 191 ; H.H. Maas, *article cité*, p. 13.

(821) L.J. Brinkhorst, *rapport cité*, p. 231 et 232.

(822) U. Everling, *rapport cité*, p. 191 ; voy. aussi P. Pescatore, *cours cité*, p. 85 et 86.

(823) Sous réserve de la possibilité d'interpréter l'article 75 comme contenant une attribution implicite de compétence externe ; voy. *supra*, (I).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Capacité de conclure
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

internationales ; rien ne s'oppose, dès lors, à ce qu'on admette que cette attitude soit définie conformément aux dispositions des articles 110 et suivants relatifs à la politique commerciale. (824)

Ainsi, même si on refuse de voir dans l'article 75 du traité une attribution de compétences externes, il faut considérer que la Communauté est compétente pour conclure des accords internationaux en matière de transports en vertu de l'article 113, relatif aux accords commerciaux.

4 L'ARRÊT.

(a) Le rejet de la théorie de l'attribution stricte de compétence.

L'arrêt suit une voie différente de celles esquissées ci-dessus pour affirmer la compétence communautaire externe dans le domaine des transports. Constatant l'absence de dispositions spécifiques en la matière, il se réfère au système général du droit communautaire relatif aux rapports avec les États tiers. Il résulte, selon la Cour, de l'article 210, qui affirme la personnalité juridique de la Communauté, que celle-ci jouit de la capacité d'établir des liens contractuels avec les pays tiers « dans toute l'étendue du champ des objectifs définis dans la première partie du traité ». En vue de fixer, dans un cas déterminé, la compétence pour la Communauté de conclure des accords internationaux, il convient de prendre en considération « le système du traité, autant que ses dispositions matérielles ». Une telle compétence résulte « non seulement d'une attribution explicite par le traité — comme c'est le cas des articles 113 et 114 pour les accords tarifaires et commerciaux et de l'article 238 pour les accords d'association — mais peut découler également d'autres dispositions du traité et d'actes pris, dans le cadre de ces dispositions, par les institutions de la Communauté ».

(b) Le rattachement de la compétence externe à l'existence de règles communes.

Après avoir rejeté la théorie de l'attribution stricte de compétence, la Cour donne des précisions quant aux cas dans lesquels la capacité de contracter doit être admise dans le chef de la Communauté, nonobstant l'absence de disposition expresse. C'est *l'existence, dans un domaine déterminé, de règles communes*, qui est prise pour critère de la compétence externe. Chaque fois que, pour la mise en œuvre d'une politique commune prévue par le traité, la Communauté a pris des dispositions

(824) Nous avons soutenu ce point de vue, critiquant l'illogisme de la thèse classique, dans une intervention au colloque de Liège d'octobre 1967 ; voy. *Les relations extérieures de la Communauté européenne unifée*, cit., p. 263 à 266.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Capacité de conclure
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

instaurant, sous quelque forme que ce soit, des règles communes, les États membres ne sont plus en droit, qu'ils agissent individuellement ou même collectivement, de contracter avec les États tiers des obligations affectant ces règles. En effet, « au fur et à mesure de l'instauration de ces règles communes, la Communauté seule est en mesure d'assumer et d'exécuter, avec effet pour l'ensemble du domaine d'application de l'ordre juridique communautaire, les engagements contractés à l'égard d'États tiers ». Ceci amène la Cour à la constatation fondamentale « qu'on ne saurait, dès lors, dans la mise en œuvre des dispositions du traité, séparer le régime des mesures internes à la Communauté de celui des relations extérieures ».

Cette constatation est confirmée par un rapprochement de l'article 3 (e) du traité, aux termes duquel l'instauration d'une politique commune dans le domaine des transports est spécialement mentionnée parmi les objectifs de la Communauté, avec l'article 5, selon lequel les États membres doivent, d'une part, prendre toutes mesures propres à assurer l'exécution des obligations découlant du traité ou résultant des actes des institutions et, d'autre part, s'abstenir de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du traité ; il en résulte, selon l'arrêt, que « dans la mesure où des règles communautaires sont arrêtées pour réaliser les buts du traité, les États membres ne peuvent, hors du cadre des institutions communes, prendre des engagements susceptibles d'affecter lesdites règles ou d'en altérer la portée ».

(c) La compétence externe en matière de transports.

Si, contrairement à la Commission, la Cour ne prend pas comme point de départ de son raisonnement le texte de l'article 75 (et notamment l'habilitation contenue dans celui-ci pour l'adoption de « toutes dispositions utiles »), (825) cet article est néanmoins invoqué pour confirmer l'existence, dans le domaine des transports, de la capacité de la Communauté de s'engager internationalement. La Cour ne semble toutefois pas attacher une importance déterminante au renvoi à « toutes dispositions utiles ». Elle insiste davantage sur la compétence attribuée par l'alinéa (a) d'établir des « règles communes applicables aux transports internationaux exécutés au départ ou à destination du territoire d'un État membre, ou traversant le territoire d'un ou plusieurs États membres ». Pour la Cour, cette disposition concerne également, pour la partie du trajet située sur le territoire communautaire, les transports en provenance ou à destination des États tiers. Elle suppose donc que la compétence de la Communauté s'étend à des relations relevant du droit international et implique,

(825) Voy. *supra*, 3 (b) (i).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Capacité de conclure
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

dès lors, dans le domaine visé, la nécessité d'accords avec les États tiers intéressés ». La Cour en conclut que « s'il est vrai que les articles 74 et 75 ne prévoient pas explicitement en faveur de la Communauté une compétence en matière de conclusion d'accords internationaux, la mise en vigueur, le 25 mars 1969, du règlement n° 543/69 du Conseil... a eu néanmoins pour effet nécessaire d'attribuer à la Communauté la compétence pour conclure avec les États tiers tous accords portant sur la matière régie par le même règlement ».

(d) Point de départ de la compétence externe de la Communauté.

En l'espèce, la négociation de l'A.E.T.R. avait été entamée plusieurs années avant l'adoption de règles communautaires en la matière. Les États membres étaient pleinement compétents, en vertu des critères énoncés par la Cour, pour mener ces négociations aussi longtemps que le règlement n° 543/69 n'était pas entré en vigueur. Fallait-il considérer que cette entrée en vigueur avait eu pour effet d'entraîner la substitution obligée de la Communauté aux États membres dans la négociation, ce qui aurait pu mettre en péril la bonne fin de la négociation ? Pareille solution eût été difficilement admissible, et on ne s'étonnera pas que la Cour l'ait rejetée. Sans nier que les États aient eu le devoir d'agir de façon solidaire — ce qui fut d'ailleurs le cas — elle constate que la répartition des pouvoirs entre institutions prévue par le traité en cas de négociations internationales, et notamment l'attribution à la Commission du pouvoir de négocier, ne se serait imposée « que dans le cas de négociations engagées à un moment où l'attribution de compétence à la Communauté était effective, soit en vertu du traité même, soit en vertu de dispositions prises par les institutions ».

Faut-il en déduire que, du moment que les États membres ont engagé la négociation avant l'adoption de règles communes, ces négociations doivent nécessairement se poursuivre dans la même forme, sans que la Commission soit appelée à intervenir comme négociateur, même après l'entrée en vigueur d'un règlement en la matière ? Il ne le semble pas. En effet, la Cour insiste sur le fait qu'au moment de l'adoption du règlement n° 543/69, l'essentiel du contenu de l'A.E.T.R. avait déjà fait l'objet d'un accord, les négociations portant uniquement sur les adaptations à lui apporter en vue de permettre sa ratification par toutes les parties contractantes. Les négociations conduites par les États membres avaient donc non seulement été engagées, mais elles avaient pratiquement abouti. En outre, la Cour souligne que la Commission s'était abstenue de faire usage de son droit de proposition et n'avait pas non plus revendiqué l'application pure et simple de l'article 228, paragraphe 1er, en ce qui concerne son droit de négociation. Il semble donc que ce soit pour des raisons propres à l'espèce que le recours de la Commission a été rejeté.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Capacité de conclure
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

5 PORTÉE DE L'ARRÊT.

Une lecture superficielle de l'arrêt pourrait laisser l'impression que la Cour a accueilli sans réserve la doctrine *foro intemo*, *foro externo*. (826) Il n'en est rien. Tout le raisonnement rattachant la compétence externe à l'existence de règles communes insiste sur le caractère *exclusif* des pouvoirs conférés aux institutions communautaires pour la mise en œuvre des politiques communes. Cette exclusivité a pour corollaire l'impossibilité pour les États membres de prendre des mesures susceptibles d'affecter les règles communes ou d'en altérer la portée.

L'arrêt ne se prononce donc pas sur l'existence de compétences externes de la Communauté dans les domaines où les institutions ne disposent que de pouvoirs de coordination, d'orientation ou de recommandation.

La Cour va plus loin que la Commission dans la mesure où elle ne justifie pas la capacité contractuelle de la Communauté uniquement par des arguments de texte, mais la fonde sur le pouvoir d'adopter des règles communes. Toutefois, la Cour souligne que ces règles communes, en vertu de l'article 75, visent non seulement les transports intracommunautaires mais aussi les transports internationaux, impliquant donc la nécessité d'accords avec les États tiers intéressés. Il paraît en résulter que, dans l'esprit de la Cour, c'est uniquement dans les cas où l'exercice des compétences communautaires internes comporte nécessairement des répercussions sur la situation de ressortissants d'États tiers qu'existe une compétence de conclure des accords internationaux.

En définitive, il paraît possible de formuler comme suit la règle qui se dégage de l'arrêt : *La capacité de la Communauté économique européenne de conclure des accords internationaux s'étend, outre les cas expressément prévus par le traité, à tous les cas dans lesquels des compétences exclusives ont été attribuées aux institutions communautaires dans des domaines susceptibles d'avoir des répercussions sur la situation de pays tiers ou de leurs ressortissants*.

6 CRITIQUE.

La solution de l'arrêt nous paraît fondamentalement justifiée. C'est à juste titre que la Cour a refusé de s'en tenir à la doctrine classique de l'attribution stricte des compétences externes. Les arguments généralement invoqués à l'appui de celle-ci ne sont en effet pas déterminants.

(826) Ainsi, c'est pour ne pas avoir lu attentivement l'arrêt que l'auteur anonyme de l'article paru dans *Le Monde* du 27 avril 1971, p. 19, affirme que « la Cour a estimé que la Communauté avait virtuellement la capacité de passer des accords internationaux dans tous les domaines dans lesquels elle a compétence pour établir des règles à l'intérieur de la Communauté ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Capacité de conclure
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Ainsi, la volonté présumée des auteurs du traité ne pourrait faire obstacle à une interprétation dynamique que dans la mesure où elle résulterait d'un texte formel, ce qui n'est pas le cas : l'article 228 ne limite pas explicitement le Treaty-making power de la Communauté aux cas *expressément* prévus ; il ne s'oppose pas à ce qu'on admette l'existence de compétences implicites. (827) D'autre part les exigences pratiques ont pleinement mis en lumière le caractère étriqué de la thèse traditionnelle. On ne doit pas s'étonner que la Cour n'ait guère été sensible à un argument de caractère historique ; l'accueillir eût été nier le caractère évolutif de la construction communautaire.

L'intensité variable des pouvoirs reconnus aux institutions communautaires dans la sphère interne ne nous paraît pas non plus de nature à empêcher qu'on approuve la solution retenue par l'arrêt. Celle-ci vise les cas où l'intensité des pouvoirs internes atteint le degré maximum, c'est-à-dire ceux où la Communauté jouit de compétences exclusives. La détermination de ces cas ne soulève pas de difficulté en pratique.

Enfin, l'argument selon lequel les compétences de la Communauté, dans les domaines autres que ceux de la politique tarifaire et commerciale, seraient toujours concurrentes, tombe si l'on admet qu'il existe d'autres domaines — notamment ceux faisant l'objet de politiques communes — où la Communauté dispose de compétences exclusives.

Mais il y a plus. En dotant la Communauté de la personnalité juridique internationale, (828) les États lui ont donné une certaine mesure de capacité qui lui permet de participer comme telle, en son nom propre et à l'intervention de ses propres institutions, au commerce juridique international (829). Comme l'a clairement aperçu le professeur Pescatore : « Il faut tenir compte du fait que les traités européens ont conféré aux Communautés, en vue de la sauvegarde des intérêts communs, un ensemble de compétences et de pouvoirs dont l'exercice, de ce fait, ne relève plus des autorités nationales, mais d'un ensemble d'institutions communes ; celles-ci en disposent suivant des modalités variables de coopération et d'interaction. Bien que la mise en œuvre des objectifs communautaires revête la plus haute importance pour les États membres, il n'en reste pas moins que ceux-ci ne peuvent plus, désormais, agir indépendamment pour la sauvegarde des intérêts engagés dans le cadre des Communautés. Même s'ils agissent en commun, ce ne pourra plus être que par l'intermédiaire des institutions et des procédures prévues par les traités européens. En d'autres termes, tant que sont respectés les traités instituant les Communautés, l'attribution de certaines capacités

(827) G. Lörcher, *op. cit.*, *supra*, note 13.

(828) Par l'article 210 du traité.

(829) P. Pescatore, *Les Communautés en tant que personnes de droit international*, cit., n° 330.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Capacité de conclure
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

aux institutions communautaires entraîne une incapacité d'action correspondante des États membres, pris individuellement ou même dans leur collectivité ; toute action des États membres, dans les domaines appartenant à la compétence des Communautés, doit passer désormais obligatoirement par les systèmes institutionnels de celles-ci ». (830)

Cette conception a été accueillie par la Cour de Justice dans son arrêt du 18 février 1970, dans l'affaire 40-69. (831) La Cour déclare notamment : « que, dans la mesure où les États membres ont attribué à la Communauté des pouvoirs normatifs en matière tarifaire, en vue de garantir un fonctionnement correct du marché commun agricole, ils n'ont plus le pouvoir d'édicter des dispositions normatives en ce domaine ». (832)

Qui ne voit qu'en permettant aux États membres, agissant individuellement ou de concert, d'assumer des engagements internationaux sans respecter les mécanismes et procédures prévus par le traité, on viderait la personnalité internationale de la Communauté de l'essentiel de son contenu ? L'attribution de pouvoirs internes à la Communauté pourrait à tout moment être remise en cause par l'action des États membres dans les relations internationales.

En soulignant que les aspects externes des compétences attribuées à la Communauté sont — sous peine de nier la personnalité internationale de celle-ci — indissociables des aspects internes, la Cour de Justice s'est bornée à rappeler une vérité élémentaire que la doctrine traditionnelle, obnubilée par une interprétation étroitement formaliste des textes, avait trop longtemps perdue de vue. Bien loin de constituer, comme on l'a prétendu, (833) un « arrêt politique », l'arrêt du 31 mars 1971 est entièrement fondé tant en droit qu'en raison.

La seule critique que nous formulerons se rapporte au problème du point de départ de la compétence communautaire externe. La Cour commence par affirmer que cette compétence ne peut s'exercer que si les États membres n'ont pas engagé des négociations dès avant l'adoption de règles communes. Immédiatement après, elle insiste sur la circonstance que la Commission n'avait pas en l'espèce présenté de proposition au Conseil ni revendiqué pour elle-même le droit de conduire les négociations au nom de la Communauté.

Personnellement, nous sommes tentés d'attacher une plus grande importance au second élément qu'au premier. Il semble difficile d'admettre qu'en ouvrant des négociations avec des pays tiers à un moment

(830) *Id.*, *loc. cit.*, n° 327, voy. aussi, du même auteur : *La personnalité internationale de la Communauté* in *Les relations extérieures de la Communauté européenne unifiée*, cit., p. 77, 85 et 86.

(831) *Hauptzollamt Hamburg-Oberelbe contre Firma Paul G. Bollmann*, *Recueil*, t. XVI, p. 69.

(832) *Ibid.*, p. 89.

(833) Voy. l'article anonyme publié dans le journal *Le Monde*, cité *supra*, note 20.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Capacité de conclure
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

où des règles communes ne sont pas encore en vigueur, les États membres puissent définitivement priver la Commission de toute possibilité d'intervention dans ces négociations. Si, au moment où celles-ci s'ouvrent, la Commission a déjà soumis au Conseil des propositions en vue de l'élaboration de règles sur le plan interne, n'est-il pas légitime d'exiger qu'elle puisse participer aux négociations ? Sinon, la portée de son droit de proposition serait considérablement réduite. Il en serait de même de celle de la consultation, impérativement prescrite, le cas échéant, du Parlement européen et du Comité économique et social. En effet, les États membres pourraient, par des négociations internationales conduites en dehors des institutions communes, fixer le cadre dans lequel les règles internes à adopter par les institutions devront s'inscrire. Un tel résultat serait contraire à la conception fondamentale qui a inspiré la solution de la Cour. C'est pourquoi nous pensons que la compétence de négociation des États membres vient à expiration dès l'instant où la Commission a soumis au Conseil des propositions en vue de l'adoption de règles communes dans une matière déterminée.

* * *

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - Capacité de conclure
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

2. *Effets internes*

Tout comme elle s'était posée pour le traité C.E.E., la question de l'effet direct n'allait pas manquer d'être soulevée pour les accords internationaux conclus par la Communauté avec des pays tiers. Pour moi, les critères à appliquer dans les deux cas étaient les mêmes. Cette conviction m'amena, lors d'un colloque organisé par le Centre d'études juridiques européennes de l'Université de Genève en 1974, à prendre position en faveur de l'applicabilité directe de l'accord conclu en 1972 avec la Suisse.

« L'effet direct de l'accord relatif aux échanges commerciaux, du 22 juillet 1972, entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse »,
Annuaire suisse de droit international,
Volume XXIX, 1973, pp. 113-132.

1. Le 22 juillet 1972 fut signé entre la Communauté économique européenne et la Confédération Suisse un important accord relatif aux

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

échanges commerciaux (834). Des accords similaires furent conclus le même jour par la C.E.E. avec la Suède, l'Autriche, l'Islande et le Portugal (835), le 14 mai 1973 avec la Norvège (836) et le 15 octobre 1973 avec la Finlande (837).

Le but de ces accords est de supprimer les entraves aux échanges de marchandises entre les parties contractantes, sans toutefois toucher à la liberté de chacune d'elles en matière de politique tarifaire et commerciale vis-à-vis des pays tiers. Il s'agit d'accords instituant des zones de libre-échange entre la Communauté et chacun des pays ayant contracté avec elle.

Sur plusieurs points, les accords s'inspirent de la terminologie et des procédures prévues par le traité C.E.E. Ainsi, plusieurs des expressions utilisées dans celui-ci (taxes d'effet équivalant à des droits de douane, mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives, droits de douane à caractère fiscal, ...) se retrouvent dans les accords. Certains articles des accords reproduisent textuellement des dispositions du traité C.E.E. (voyez notamment l'article 20, qui correspond littéralement à l'article 36 C.E.E.). La technique suivie pour réaliser le désarmement tarifaire rappelle, en plus simple, celle prévue par le traité C.E.E.

L'objet du présent article est d'examiner dans quelle mesure les dispositions de l'accord entre la C.E.E. et la Suisse produisent des effets directs pour les particuliers. Nous commencerons par rappeler les critères qui ont été dégagés par la jurisprudence de la Cour de Justice et par les jurisprudences nationales, spécialement par la jurisprudence suisse, pour la reconnaissance d'effets directs aux dispositions d'un accord international. Ensuite, nous appliquerons ces critères aux dispositions de l'accord entre la C.E.E. et la Suisse, enfin, nous préciserons les conséquences qui résultent de la reconnaissance d'un effet direct à certaines dispositions de l'accord entre la C.E.E. et la Suisse.

I. LES CRITÈRES DE L'EFFET DIRECT SELON LA JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE ET SELON LES JURISPRUDENCES NATIONALES

2. L'Accord du 22 juillet 1972 a été conclu par la Communauté sur la base des articles 113 et 228 du Traité C.E.E. Aux termes de l'article 228, alinéa 3, il lie non seulement la Communauté et ses institutions mais aussi les États membres.

(834) Recueil officiel des lois fédérales, 1972, p. 3165; *Journal officiel des Communautés européennes* (ci-après: *J.O.C.E.*), n° L 300 du 31 décembre 1972.
(835) *J.O.C.E.*, n° L 300 et 301 du 31 décembre 1972.
(836) *J.O.C.E.*, n° L 171 du 27 juin 1973.
(837) *J.O.C.E.*, n° L 328 du 28 novembre 1973.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Il en résulte que, pour les tribunaux des États membres, la question de savoir si l'accord produit des effets directs est une question d'interprétation du droit communautaire que la Cour de Justice est compétente pour trancher. Il convient dès lors d'examiner si la jurisprudence de la Cour de Justice donne des indications quant à la façon dont ce problème doit être résolu.

A. Les critères de l'effet direct selon la jurisprudence communautaire : l'arrêt *International Fruit*

3. La Cour de Justice a été amenée à se prononcer sur les conséquences d'une incompatibilité alléguée entre certains règlements de la Commission et l'article XI de l'Accord général sur les tarifs et le commerce (G.A.T.T.) dans son arrêt *International Fruit* du 12 décembre 1972 (838).

La Cour commence par affirmer le principe selon lequel elle est compétente pour examiner la validité d'actes communautaires à la lumière des règles du droit international (839) :

> « Attendu qu'aux termes de l'article 177, alinéa 1 du traité C.E.E., " la Cour de Justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel, ... sur la validité ... des actes pris par les institutions de la Communauté " ;
>
> Que la compétence de la Cour ainsi formulée ne comporte aucune limite quant aux causes sur la base desquelles la validité de ces actes pourrait être contestée ;
>
> Que cette compétence s'étendant à l'ensemble des motifs d'invalidité susceptibles d'entacher ces actes, la Cour est tenue d'examiner si leur validité peut être affectée du fait de leur contrariété avec une règle de droit international ».

La Cour ajoute toutefois (840) :

> « Que, pour que l'incompatibilité d'un acte communautaire avec une disposition de droit international puisse affecter la validité de cet acte, la Communauté doit d'abord être liée par cette disposition ;
>
> Que, dans le cas où l'invalidité est invoquée devant une juridiction nationale, il faut en outre que cette disposition soit de nature à engendrer pour les justiciables de la Communauté le droit de s'en prévaloir en justice ».

Conformément à ces prémisses, la Cour commence par rechercher si l'Accord général lie la Communauté. Elle aboutit à une conclusion

(838) Aff. jointes 21 à 24/72, *Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, t. XVIII, p. 1219 ; *Cah. dr. eur.*, 1973, p. 461, note J. Rideau. Un arrêt postérieur, du 24 octobre 1973, aff. 91/73, *Firma Carl Schlüter* (pas encore publié), arrive à la même conclusion au sujet de l'article II de l'Accord général.

(839) Attendus n°s 4 à 6.

(840) Attendus n°s 7 et 8.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

positive sur la base d'une analyse du texte du traité, des déclarations faites par les États membres lors de la présentation du traité aux Parties Contractantes du G.A.T.T. conformément à l'article XXIV de celui-ci, ainsi que de la pratique suivie tant par la Communauté que par les autres Parties Contractantes lors des négociations tarifaires qui ont suivi la mise en place du tarif douanier commun (841).

Ensuite, la Cour examine si l'article XI est de nature à engendrer pour les justiciables de la Communauté le droit de s'en prévaloir en justice, en vue de contester la validité d'un acte communautaire. À cette fin, elle envisage à la fois l'esprit, l'économie et les termes de l'Accord général (842). Il convient de relever que sa recherche n'est pas limitée à l'article XI mais porte sur l'ensemble des dispositions de l'Accord général (843). La Cour constate que celui-ci « est caractérisé par la grande souplesse de ses dispositions, notamment de celles qui concernent les possibilités de dérogation, les mesures pouvant être prises en présence de difficultés exceptionnelles et le règlement des différends entre les Parties Contractantes » (844). Elle relève que lorsqu'un différend ne peut être résolu au moyen de consultations entre parties intéressées ou avec les Parties Contractantes agissant collectivement, l'article XXIII prévoit des représentations ou propositions écrites à « examiner avec compréhension », des enquêtes éventuellement suivies de recommandations, de consultations ou de décisions des Parties Contractantes agissant collectivement, y compris celle d'autoriser certaines parties contractantes à suspendre, à l'égard d'autres, l'application de toute concession ou autre obligation résultant de l'Accord général et enfin, dans le cas d'une telle suspension, la faculté de la partie concernée de dénoncer cet accord (845).

Enfin, pour le cas où du fait d'un engagement assumé en vertu de l'Accord général ou d'une concession relative à une préférence, certains producteurs subissent ou risquent de subir un préjudice grave, l'article XIX prévoit la faculté pour une Partie Contractante de suspendre unilatéralement l'engagement ainsi que de retirer ou de modifier la concession, soit après consultation de la collectivité des Parties Contractantes et à défaut d'accord entre les Parties Contractantes intéressées, soit même s'il y a urgence et à titre provisoire, sans consultation préalable (846). La Cour en conclut que ces éléments « suffisent à montrer que, placé dans un tel contexte, l'article XI de l'Accord général n'est pas

(841) Attendus n°s 10 à 18.

(842) Attendu n° 20.

(843) C'est ce qui explique que dans son arrêt *Carl Schlüter* précité, du 24 octobre 1973, la Cour parvient, sur la base d'une motivation presque identique, à la conclusion que l'article II de l'Accord général ne produit pas d'effets directs.

(844) Attendu n° 21. Voy. aussi attendu n° 29 de l'arrêt *Carl Schlüter*.

(845) Attendus n°s 22 à 25.

(846) Attendu n° 26. Voy. aussi l'attendu n° 29 de l'arrêt *Carl Schlüter*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de nature à engendrer, pour les justiciables de la Communauté, le droit de s'en prévaloir en justice » (847).

4. L'évidence de cette conclusion n'apparaîtra sans doute pas à tous avec autant de force (848). On a l'impression que, soucieuse de préserver la spécificité du droit communautaire à laquelle, depuis l'arrêt *Van Gend en Loos* (849) elle rattache l'effet direct, la Cour a été amenée à donner une importance excessive aux différences qui existent entre le traité C.E.E. et l'Accord général.

Certes, le caractère spécifique du droit communautaire ne peut être nié. La Cour de Justice s'est fondée sur lui pour en déduire l'obligation, pour les juges nationaux, de reconnaître la primauté du droit communautaire sur toute disposition interne, même postérieure, de quelque nature qu'elle soit (850). Mais il s'agit là d'un problème tout différent de celui de savoir si une disposition de droit international ou de droit communautaire se prête, par sa nature, à être invoquée par les justiciables devant les tribunaux. Nous ne pensons pas, ainsi que nous l'avons exposé ailleurs (851), que ce dernier problème se pose en termes différents dans le cadre du droit communautaire et dans celui d'autres traités internationaux, tels que le G.A.T.T. (852).

B. Les critères de l'effet direct selon les jurisprudences nationales

5. Si on examine la jurisprudence des États membres, on constate que celle-ci est beaucoup plus libérale quant à la reconnaissance d'effets directs aux dispositions d'accords internationaux que ne le reconnaît généralement la doctrine, spécialement celle qui s'est penchée sur le problème de l'applicabilité directe du droit communautaire. En particulier, elle n'exige pas qu'il soit établi que les parties contractantes ont eu l'intention de conférer des droits ou d'imposer des obligations aux individus (853). Lorsque la disposition invoquée lie l'État et que le juge

(847) Attendu n° 27. Voy. aussi l'attendu n° 30 de l'arrêt *Carl Schlüter*.

(848) Voy. dans le même sens : P.J.G. Kapteyn, note sous l'arrêt, *Sociaal-Economische Wetgeving*, 1973, p. 495 et suiv.

(849) Arrêt du 5 février 1963, affaire 26/62, *Recueil*, t. IX, p. 1.

(850) Arrêt du 15 juillet 1965, aff. 6-64 *Costa c. E.N.E.L.*, Recueil, t. X, p. 1141.

(851) « *Effets internes des obligations imposées à l'État* », in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, 1972, t. II, p. 765. Voy. aussi, dans le même sens : A. Koller, *Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge*, Berne, 1971, p. 191 et suiv.

(852) Voyez cependant en sens contraire : G. Bebr, « *Les dispositions de droit communautaire directement applicables — Développement d'une notion communautaire* », *Cah. dr. eur.*, 1970, p. 3 et suiv.

(853) C'est ce que nous avons eu l'occasion de relever au terme d'un examen de la jurisprudence des six États membres des Communautés européennes : voyez *Traités Internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché Commun*, Bruxelles, 1969, n°s 170 à 173 ; voyez

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

national peut l'appliquer sans excéder ses attributions constitutionnelles, il n'hésite pas à le faire, par exemple en prononçant l'invalidité ou en refusant d'appliquer une mesure nationale contraire. Dans tous les pays, tant ceux à orientation dualiste que ceux où la doctrine moniste est prédominante, il est admis que les tribunaux sont tenus, dans toute la mesure de leurs pouvoirs constitutionnels, d'appliquer le droit national de manière conforme au droit international (854) — ce qui implique le refus d'appliquer les règles internes contraires au droit international. Certes, dans certains pays — et pas seulement ceux traditionnellement considérés comme « dualistes » — les juges ne s'estiment pas en droit de refuser d'appliquer une loi au motif qu'elle serait contraire à un traité international ; toutefois, pareille attitude s'explique par une conception restrictive des pouvoirs du juge à l'égard du législateur et non par un refus de principe de donner effet à la norme internationale. On en veut pour preuve que, lorsque le conflit oppose un traité à une disposition de droit national de rang inférieur — acte du pouvoir exécutif ou d'une collectivité territoriale — le juge n'hésite nullement, dans ces pays, à exercer son contrôle.

Certes, il faut que l'obligation imposée à l'État soit claire, complète et inconditionnelle. Toutefois, il ne faut pas s'exagérer la portée de cette condition. La jurisprudence n'exige pas que la disposition en cause ne soit absolument pas susceptible de dérogation. Elle n'exige pas non plus qu'une dérogation ne puisse être accordée qu'avec l'autorisation préalable d'une institution indépendante. Il faut et il suffit que l'obligation imposée à l'État ne laisse pas à celui-ci une marge d'appréciation discrétionnaire quant à la façon dont il l'exécutera, que d'éventuelles exceptions ne puissent être invoquées que lorsque des conditions bien définies sont réunies, bref, que l'exécution de l'accord ne soit pas abandonnée à la seule volonté de l'État qu'il prétend obliger.

C. Comparaison entre l'Accord général sur les tarifs et le commerce et le traité C.E.E. du point de vue de l'effet direct

6. Aucun traité international n'impose d'obligations inconditionnelles. L'état des relations internationales, la nécessité d'obtenir le concours de ceux qui s'obligent et le souci de ménager une souplesse suffisante en

aussi « *Effets internes des obligations imposées à l'État* », précité. Dans notre sens, voy. encore A. Bleckmann, *Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge*, Berlin, 1970 ; A. Koller, *Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge*, *op. cit.* Voy. aussi (quoique sur un ton plus polémique) A. Tizzano, note sous Cassaz., S.U., 21 mai 1973, *Foro ital.*, 1973, I, col. 2443.

(854) *Traités internationaux et juridictions internes*, *op. cit.* n°s 218, 220, 222, 235 à 238 et 246.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

vue de faire face à des situations imprévues font que, dans tout traité, des possibilités de dérogations existent.

Même le traité C.E.E. autorise, dans certains cas, l'adoption unilatérale par les États membres de mesures de sauvegarde. Il en est notamment ainsi en cas de crise soudaine de la balance des paiements (855), et l'on sait dans quelles conditions cette exception a été invoquée par la France en 1968 (856). Certes, dans la Communauté, l'action unilatérale des États membres est soumise au contrôle *a posteriori* de la Commission. Mais la décision de la Commission peut elle-même faire l'objet d'un recours devant le Conseil, organe intergouvernemental. S'il est incontestable que, malgré tout, le système ainsi institué est plus contraignant que celui des articles XIX et XXIII du G.A.T.T., on aperçoit cependant qu'il s'agit d'une différence de degré et non de nature.

Quant au mode de règlement des différends, il n'est pas certain qu'il soit moins contraignant dans le G.A.T.T. que dans la C.E.E. Le traité C.E.E. ne prévoit aucune sanction contre les États membres qui manquent à leurs obligations. Au contraire, l'article XXIII du G.A.T.T. prévoit que, dans ce cas, les Parties Contractantes agissant collectivement peuvent suspendre à l'égard de l'État défaillant l'application de toute concession ou autre obligation résultant de l'Accord. L'efficacité de pareilles mesures de rétorsion n'est pas à négliger.

7. Dans les conclusions précédant l'arrêt *International Fruit* M. l'Avocat général Henri Mayras avait indiqué que l'article I, paragraphe 2 du G.A.T.T. autorise le maintien de certains régimes préférentiels existant lors de la conclusion de l'Accord général (857). On n'aperçoit pas bien la pertinence de cette observation. Plusieurs protocoles annexés au traité C.E.E. établissent, eux aussi, des régimes dérogatoires en vue de tenir compte des relations spéciales que certains États membres entretenaient avec certains pays tiers (858).

La circonstance, également relevée par l'éminent magistrat, que certaines exceptions soumises à des conditions précises ont par la suite vu élargir leur champ d'application (859), n'est pas davantage détermi-

(855) Article 109.

(856) Voy. à ce sujet : H.A.H. Audretsch, « *Vraagtekens voor Europees Recht* », Sociaal Economische Wetgeving, 1968, p. 605 ; Kl.-D. von Horn, « *Zahlungsbilanzschwierigkeiten und Zahlungsbilanzkrise nach dem E.W.G.-Vertrag* », Europarecht, 1969, p. 37.

(857) *Recueil*, t. XVIII, p. 1240.

(858) Voyez notamment le protocole sur les marchandises originaires et en provenance de certains pays et les protocoles sur les importations de bananes en Allemagne et de café vert dans le Benelux, annexés au traité C.E.E. ; les protocoles sur les importations au Royaume-Uni de sucre en provenance des pays du « Commonwealth Sugar Agreement » et de beurre et de fromage en provenance de Nouvelle Zélande, annexés à l'Acte d'adhésion aux Communautés du Royaume-Uni, du Danemark et de l'Irlande.

(859) P. 1240 et 1241.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

nante, puisque cet élargissement a eu lieu, ainsi qu'il le relève d'ailleurs, conformément aux procédures prévues par l'Accord général, c'est-à-dire en l'espèce en vertu d'une décision des Parties contractantes prise à la majorité en vertu de l'article XXV.

Nous ne pensons pas non plus qu'on puisse dénier tout effet direct à l'Accord général au motif que les États contractants ne sont tenus d'observer certaines de ses dispositions — notamment l'article XI — que dans la mesure compatible avec la législation nationale en vigueur au moment où ils sont devenus parties à l'Accord (860). S'il est permis de voir là un argument s'opposant à l'effet direct de l'Accord général à l'égard des dispositions nationales antérieures, cela ne signifie pas qu'il soit dénué d'effet direct à l'égard des dispositions postérieures.

Enfin, la différence entre l'Accord général et le traité C.E.E. sur le plan des recours juridictionnels ne nous paraît pas décisive non plus (861). Il est vrai que l'existence dans la C.E.E. de procédures permettant de faire constater les manquements des États par la Cour de Justice sur requête de la Commission tend à assurer une plus grande « juridisation » du système communautaire par rapport à celui de l'Accord général. On ne saurait cependant y voir un critère déterminant, sous peine de devoir refuser des effets directs à tout traité ne contenant pas une clause de juridiction obligatoire. L'existence d'une procédure juridictionnelle de constatation de manquements étatiques garantit que le traité sera appliqué correctement, tant dans les relations internationales qu'internes. Cependant, on ne saurait y voir une *condition* de l'applicabilité interne du traité.

D. La jurisprudence nationale relative à l'Accord général

8. Dans plusieurs pays, les tribunaux ont reconnu des effets directs aux dispositions du G.A.T.T.

Des décisions des tribunaux fédéraux, territoriaux et d'État des États-Unis ont refusé d'appliquer des lois ou réglementations internes à caractère protectionniste en raison de leur contrariété avec l'Accord général (862). La doctrine américaine la plus autorisée estime que, sous

(860) Voy. en ce sens les conclusions de l'Avocat général Mayras, p. 1241, et l'article précité de G. Bebr.

(861) L'argument est avancé par M. l'Avocat général Mayras, p. 1241. Voy. aussi B. Bebr, article cité, p. 6 et 7.

(862) *Baldwin-Lima-Hamilton v. Superior Court*, 208 Cal. App. 2d 803, 25 Cal. Reptr. 799 (1962) ; *Bethlehem Steel Corp. v. Board of Comm'rs, Civil* Nos. 899165 & 897591 (Super. Ct., County of Los Angeles 1966) ; *Territory v. Ho*, 41 Hawaii 565 (1957) ; *Texas Ass'n of Steel Importers v. Texas Highway Comm'r*, 364 S.W.2d 749 (Tex. Ct. App. 1963), toutes citées par John H. Jackson, « *The General Agreement on Tariffs and Trade in United States Domestic Law* », 66 Michigan Law Review (1967), 250, 269 (note 108).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

réserve d'avoir fait l'objet d'une « proclamation » du Président (863), les règles du G.A.T.T. sont susceptibles de produire des effets en droit interne (864).

L'article III du G.A.T.T., par lequel les Parties Contractantes s'engagent à s'abstenir de toute discrimination en matière d'impositions intérieures au préjudice des produits importés en provenance des autres Parties Contractantes, a été déclaré directement applicable par la Cour de cassation d'Italie (865). La juridiction italienne constate que l'engagement de ne pas appliquer un traitement fiscal discriminatoire a force de loi et doit par conséquent être respecté par les organes de l'État italien. En conséquence, elle déclare inapplicable une loi italienne postérieure dans la mesure où celle-ci, en soumettant tous les produits de coton importés à un traitement moins favorable que celui réservé aux produits similaires italiens, contrevenait aux dispositions de l'Accord général.

Plusieurs décisions postérieures rendues en chambres réunies, confirment cette jurisprudence (866).

Les juridictions allemandes se sont prononcées à l'encontre de la reconnaissance d'effets directs au G.A.T.T. (867). Ces décisions ont décidé que l'article III du G.A.T.T. ne crée pas de droits en faveur des ressortissants des États membres, mais oblige simplement les Parties contractantes à suivre une politique commerciale déterminée.

9. Contrairement à ce qui a parfois été affirmé (868), la divergence entre les jurisprudences italienne et allemande relatives à l'article III du G.A.T.T. n'est pas uniquement apparente. Si l'Accord général a fait l'objet en Italie d'une « loi d'exécution », ceci ne signifie pas que les tribunaux italiens soient dispensés de vérifier si la disposition invoquée à un caractère directement applicable. Il est unanimement admis en Italie que la loi d'exécution ne « transforme » un traité international en droit interne que dans la mesure où les dispositions du traité sont susceptibles de

(863) Formalité consistant en une publication officielle du traité. Voy. L. Erades et W.L. Gould, *International Law and Municipal Law in the Netherlands and in the United States*, Leyden, New York, 1961, p. 305.

(864) John H. Jackson, article précité. Voy. aussi du même : *World Trade and the Law of GATT*, Indianapolis, 1969, p. 106 ss.

(865) Corte di Cassazione, 6 juillet 1968, n° 2293, *Giustizia Civile*, 1968, I, 1571.

(866) Cassaz., S.U., 8 juin 1972, n°s 1771 et 1773, Foro ital., 1972, I, 1963, 17 avril 1972, n° 1196, et 22 mars 1972, n° 867, *id.*, *Rep.* 1972, verbo « Dogana », n°s 47 et 48 ; 21 mai 1973, id. 1973, 2443, note A. Tizzano.

(867) Voy. Finanzgericht Hambourg, 23 septembre 1965, *E.F.G.*, 1966, 41 ; Finanzgericht Saarland, 15 novembre 1966, *E.F.G.*, 1967, 79 ; Finanzgericht Hambourg, 29 octobre 1969, *A.W.D.*, 1970, 91. Voy. aussi, sur ces décisions, Stephen A. Riesenfeld, « *The Doctrine of Self-Executing Treaties and GATT : A Notable German Judgment* », *A.J.I.L.*, 1971, 548 ; G. Bebr, article cité. Voy. aussi les conclusions de M. l'Avocat général Mayras dans l'affaire *International Fruit*, précitées.

(868) Voyez les conclusions de M. l'Avocat général Mayras, *loc. cit.*, p. 1239 ; J. Rideau, note sous l'arrêt, *Cah. dr. eur.*, 1973, p. 480 et 482.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

produire des effets dans la sphère interne (869). De même, le G.A.T.T. a fait l'objet en Allemagne d'une loi d'approbation (*Zustimmungsgesetz*) du 21 avril 1951. La doctrine allemande traditionnelle reconnaît à la *Zustimmungsgesetz* l'effet de transformer le traité international en droit interne, dans la mesure où ses dispositions se prêtent à être appliquées directement (870). Sur le plan constitutionnel, la situation est donc identique en Allemagne et en Italie. La divergence entre les solutions jurisprudentielles ne peut s'expliquer par l'effet particulier reconnu à la loi d'exécution en Italie ni par les conceptions dualistes qui dominent dans ce pays. Elle s'explique par une attitude plus restrictive à l'égard de l'effet direct en Allemagne.

E. La jurisprudence suisse relative à la Convention de Stockholm

10. La structure générale de la Convention de Stockholm instituant l'A.E.L.E. présente une grande similitude avec celle du G.A.T.T. Comme l'Accord général, elle autorise en certains cas le recours unilatéral à des clauses de sauvegarde (871) ; elle ne prévoit pas de procédure juridictionnelle en vue du règlement des différends entre États membres (872). Ceci ne l'a pas empêchée d'être invoquée avec succès devant les tribunaux suisses.

Un arrêt du Tribunal fédéral suisse (873) a reconnu l'applicabilité directe de l'article 16, paragraphe 1, de la Convention de Stockholm, aux termes duquel « les États membres reconnaissent que des restrictions à l'établissement et à la gestion par des ressortissants d'autres États membres d'entreprises économiques sur leur territoire ne devraient pas être appliquées, par l'octroi aux dits ressortissants d'un traitement moins favorable que celui dont bénéficient leurs propres ressortissants, de façon à compromettre les bénéfices attendus de l'élimination ou de

(869) Voy. A.P. Sereni, *Diritto internazionale*, t. I, Milan, 1956, p. 230 ; F. Capotorti, « *Accordi internazionali sulla circolazione stradale e « codici della strada* », Comunicazioni et Studi, t. X, p. 123.

(870) Voy. en faveur de l'effet de « transformation » : G. Dahm, *Völkerrecht*, t. I, Stuttgart, 1958, p. 66 ; Th. Maunz et G. Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, Munich, Berlin, (livraisons depuis 1963), note 25 à l'Article 59. Selon H. Mosler (*Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte*, Karlsruhe, 1957, p. 16 à 18), la Zustimmungsgesetz n'aurait pas pour effet de transformer le traité en droit interne, mais d'en ordonner l'exécution. Même dans cette conception, les solutions sont les mêmes que celles admises en Italie (voy. notre ouvrage : *Traités internationaux et juridictions internes*, précité, p. 76).

(871) Voy. notamment les articles 17, 18, 19 et 20.

(872) Voy. la « procédure générale de consultation et de plainte » instituée par l'article 31, laquelle présente une grande similitude avec celle de l'article XXIII de l'Accord général.

(873) Chambre de droit administratif, 13 octobre 1972, *Banque de Crédit international c/ Conseil d'État du canton de Genève*, A.T.F., 98 I b 385 ; à paraître aux Cahiers de droit européen avec une note de MM. A. Hirsch, B. Knapp et A. Macheret.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'absence des droits de douane et des restrictions quantitatives dans les échanges entre les États membres ».

Vu la juridiction dont il émane, cet arrêt présente le plus grand intérêt pour notre propos. Il n'est donc pas superflu de nous y arrêter quelques instants.

Le Tribunal fédéral déclare :

> « Les traités internationaux approuvés par l'Assemblée fédérale s'incorporent au droit fédéral et, lorsqu'ils créent des règles de droit, sont obligatoires pour les autorités (...) et les citoyens, pourvu qu'ils soient directement applicables. Ainsi, un particulier pourra invoquer un traité devant l'administration et les tribunaux, si celui-ci pose des règles de droit suffisamment précises pour s'appliquer comme telles à un cas d'espèce et constituer le fondement d'une décision concrète, la majeure du syllogisme juridique dont la décision sera la conclusion. Tel n'est pas le cas d'une disposition conventionnelle qui énonce un programme ou fixe les lignes directrices dont devra s'inspirer la législation des États contractants et qui s'adresse ainsi non aux autorités administratives et judiciaires, mais bien au législateur national ».

En l'espèce, estime le tribunal :

> « Malgré la forme insolite que lui donne l'emploi du mode conditionnel, l'article 16, paragraphe 1 de la Convention instituant l'A.E.L.E. (ci-après : la Convention) ne se borne pas à fixer de telles lignes directrices. Il impose à chaque État membre une obligation, celle d'accorder dans certaines conditions aux ressortissants des autres États membres, en matière d'établissement, un traitement qui ne soit pas discriminatoire par rapport à celui dont bénéficient ses propres ressortissants. Les doutes qui avaient pu naître à ce sujet ont été levés par le communiqué publié à l'issue de la réunion ministérielle de Bergen, en 1966 (...). En outre, le principe de non-discrimination que pose l'article 16, paragraphe 1, apparaît suffisamment précis pour être directement applicable comme tel par les autorités administratives et judiciaires, sans nouvelle intervention du législateur national ou international. Le paragraphe 4 du même article 16 prévoit, il est vrai, la possibilité d'arrêter des dispositions additionnelles pour donner effet aux principes énoncés au paragraphe 1, mais il n'exclut pas que ce procédé se révèle superflu ; quant au communiqué de Bergen, il n'impose aux États de prendre des mesures législatives ou réglementaires pour assurer l'application de l'article 16 que si cela se révèle nécessaire ».

Le tribunal suprême en conclut :

> « L'application directe du principe de non-discrimination par les autorités nationales n'apparaît donc nullement contraire à l'esprit de la convention ».

Il ajoute cette observation qui, pour notre propos, revêt une importance particulière :

> « Elle (l'application directe) s'impose avec d'autant plus de force que la Convention n'institue pas de juridiction commune accessible aux particu-

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

liers et que ceux-ci ne peuvent pas non plus saisir directement le Conseil (Article 31 de la Convention) ».

Loin d'être invoquée à l'encontre de la reconnaissance d'effets directs à la Convention, l'absence d'une juridiction commune sert ici d'argument en faveur de la thèse inverse : les individus ne pouvant exercer de recours sur le plan régional, il est d'autant plus important de leur assurer cette possibilité sur le plan national. On aperçoit tout le contraste entre cette décision et la jurisprudence allemande relative au G.A.T.T., à laquelle la Cour de Justice s'est ralliée dans l'arrêt *International Fruit*.

II. L'EFFET DIRECT DE L'ACCORD C.E.E.-SUISSE

11. Nous examinerons ici, sur la base des critères dégagés dans la section précédente, si des effets directs doivent être reconnus aux dispositions de l'Accord C.E.E.-Suisse.

Le problème se pose en termes différents selon qu'on l'examine par rapport à la Communauté ou par rapport à la Suisse.

A. La situation en Suisse

12. L'arrêt du 13 octobre 1972 du Tribunal fédéral (874) indique que les dispositions de l'Accord qui créent des règles de droit suffisamment précises et qui ne se bornent pas à énoncer un programme ou à fixer des lignes directrices adressées au législateur se verraient sans doute reconnaître un effet direct en Suisse (875).

Plusieurs dispositions paraissent se prêter à être appliquées directement par les tribunaux suisses.

13. Il en est ainsi tout d'abord des dispositions qui imposent aux parties contractantes des obligations de ne pas faire :

— Article 3 (1) : Interdiction des nouveaux droits de douane à l'importation ;

— Article 6 (1) : Interdiction des nouvelles taxes d'effet équivalant à des droits de douane à l'importation ;

— Article 7 (1) (1) : Interdiction des droits de douane à l'exportation et des taxes d'effet équivalent ;

— Article 13 (1) : Interdiction des nouvelles restrictions quantitatives à l'importation et des mesures d'effet équivalent ;

(874) Précité.

(875) Dans le même sens : A. Hirsch, note sous l'arrêt, à paraître aux *Cahiers de droit européen*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

— Article 15 (2) : Interdiction des discriminations en matière vétérinaire, sanitaire et phytosanitaire et des nouvelles mesures entravant indûment les échanges ;

— Article 18 : Interdiction des impositions intérieures discriminatoires ;

— Article 19 : Interdiction des restrictions aux paiements et aux transferts afférant aux échanges de marchandises ainsi qu'aux crédits à court et moyen terme couvrant des transactions commerciales.

14. Plusieurs dispositions imposent aux parties contractantes des obligations de faire. Dans la mesure où celles-ci sont suffisamment concrètes et où aucun pouvoir discrétionnaire n'est laissé aux parties quant au délai et quant aux modalités de leur exécution, il paraît possible de considérer qu'elles produisent des effets directs à la date ultime indiquée pour leur mise en œuvre. En effet, il ne s'agit pas, dans ces cas, de simples directives adressées au législateur, mais de règles de droit précises et complètes, dont seule l'entrée en vigueur est temporairement suspendue. Ces dispositions sont les suivantes :

— Article 3 (2) : Suppression le 1er janvier 1977 au plus tard des droits de douane à l'importation ;

— Article 6 (2) : Suppression (ou réduction à leur montant initial), au jour de l'entré en vigueur de l'Accord, des taxes d'effet équivalant à des droits de douane à l'importation introduites (ou augmentées) après le 1er janvier 1972 ;

— Article 6 (3) : Suppression le 1er juillet 1977 au plus tard des taxes d'effet équivalant à des droits de douane à l'importation instituées avant le 1er janvier 1972 ;

— Article 7 (1) (2) : Suppression le 1er janvier 1974 au plus tard des droits de douane à l'exportation et des taxes d'effet équivalent existant à l'entrée en vigueur de l'Accord ;

— Article 13 (2) : Suppression le 1er janvier 1973 au plus tard des restrictions quantitatives à l'importation et le 1er janvier 1975 au plus tard, des mesures d'effet équivalent existant à l'entrée en vigueur de l'Accord ;

— Article 16 : Interdiction, à partir du 1er juillet 1977, des discriminations de traitement à l'importation dans la Communauté en faveur des produits suisses et au détriment des produits communautaires.

Tout au plus peut-il exister une hésitation en ce qui concerne l'effet direct des dispositions relatives aux droits de douane et aux taxes d'effet équivalent, pour autant qu'elles s'appliquent aux produits agricoles ou aux cendres, résidus et déchets de métaux énumérés à l'Annexe III

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de l'Accord. En effet, l'article 7 (2) autorise les parties contractantes à prendre, pour ces derniers, les mesures nécessaires pour réaliser leur politique d'approvisionnement, et l'article 10 prévoit la possibilité pour une partie contractante d'adapter le régime résultant de l'Accord au cas où elle établirait une réglementation spécifique comme conséquence de la mise en œuvre de sa politique agricole.

En ce qui concerne les produits pétroliers mentionnés à l'article 14, on pourrait soutenir que l'effet direct de l'article 13 est tenu en suspens par la possibilité réservée aux parties de modifier le régime qui leur est applicable lors de l'adoption d'une définition de l'origine pour ces produits, lors de décisions prises dans le cadre de la politique commerciale ou de la politique énergétique (876).

Toutefois, même s'il fallait considérer que ces facultés reconnues aux parties contractantes ont pour effet de priver certaines dispositions de l'Accord d'efficacité directe en ce qui concerne les produits en cause, cette portée ne saurait leur être reconnue à l'égard des autres produits couverts par l'Accord.

15. Certaines dispositions, telles l'article 12, imposent aux parties contractantes l'obligation de notifier certaines mesures au Comité mixte institué par l'Accord avant leur entrée en vigueur, « pour autant que cela soit possible ». D'autres, telles l'article 15 (1), contiennent une déclaration d'intention quant au développement des échanges de produits agricoles non couverts par l'Accord. Conformément aux critères traditionnels, ces dispositions sont dénuées d'effet direct (877).

16. Les problèmes les plus délicats, en ce qui concerne l'effet direct, sont posés par l'article 23 qui déclare « incompatibles avec le bon fonctionnement de l'Accord, dans la mesure où ils sont susceptibles d'affecter les échanges entre la Communauté et la Suisse :

i) tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées entre entreprises qui ont pour objet ou effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence en ce qui concerne la production et les échanges de marchandises ;

ii) l'exploitation abusive par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur l'ensemble des territoires des parties contractantes ou dans une partie substantielle de celui-ci ;

(876) Article 14.

(877) Pour un exemple tiré de la jurisprudence communautaire, voy. : Cour de Justice, 15 juillet 1964, Affaire 6/64, *Costa c/ E.N.E.L.*, *Recueil*, t. X, p. 1141, 162.1

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

iii) toute aide publique qui fausse ou menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. »

Cette disposition se distingue des articles 85 et 86 du Traité de Rome en ce quelle se borne à déclarer les accords restrictifs de concurrence et l'exploitation abusive d'une position dominante « incompatible avec le bon fonctionnement de l'Accord », sans préciser qu'ils sont « interdits ». D'autre part, la formulation de l'article 23 est plus stricte que celle de l'article 15 de la Convention de Stockholm, selon lequel les États membres « reconnaissent que les pratiques suivantes sont incompatibles avec la présente Convention, dans la mesure où elles compromettent les bénéfices attendus de l'élimination ou de l'absence des droits de douane et des restrictions quantitatives dans les échanges entre États membres ».

S'il faut sans doute considérer que l'article 15 de la Convention de Stockholm n'a pas d'effet direct, la réponse, s'agissant de l'article 23 de l'Accord C.E.E.-Suisse, est plus délicate. D'une part, celui-ci n'édicté aucune interdiction à charge des particuliers. Si une pratique est incompatible avec l'article 23, le Comité mixte pourra être saisi par une partie contractante et examinera le dossier. Le Comité mixte ne peut pas être saisi par une personne privée. Il pourra fixer un délai en vue de l'élimination de la pratique incriminée. Si toutefois « la partie contractante en cause » n'a pas mis fin à la pratique dans le délai fixé ou si le Comité mixte ne parvient pas à se mettre d'accord dans un délai de trois mois à compter du jour où il est saisi, « la partie contractante intéressée » peut prendre des mesures de sauvegarde, et notamment procéder à un retrait de concessions tarifaires.

L'article 23 n'impose donc aucune obligation directe aux particuliers ; l'incompatibilité qu'il décrète est de nature à produire effet uniquement dans les relations entre parties contractantes.

La même constatation peut être faite en ce qui concerne le point (iii) de l'article 23 (1). Celui-ci n'interdit pas les aides publiques ; il se borne à prévoir, en cas de difficulté, une procédure de consultation qui peut aboutir, le cas échéant, à l'adoption de mesures de sauvegarde par l'État qui s'estime lésé. Pas plus que les personnes privées ne sont directement obligées par les dispositions de l'article 23 (1) (i) et (ii), les autorités centrales et locales des parties contractantes ne sont obligées par l'article 23 (1) (iii). Il semble donc, au premier abord, que l'Accord ne produise pas d'effet direct à leur égard.

Toutefois, l'article 22 de l'Accord prévoit que « les parties contractantes s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Accord ». On peut considérer que cette disposition impose une obligation non seulement aux pouvoirs législatif et exécutif des parties contractantes, mais aussi à leurs instances juridic-

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tionnelles. Celles-ci sont dès lors tenues de ne pas prêter leur concours à des actions privées contraires aux objectifs de l'Accord. Saisies d'une demande en justice fondée sur un accord entre entreprises visé à l'article 23 (1) (i) ou conclu sous la pression d'un abus de position dominante incompatible avec l'article 23 (1) (ii), elles n'auraient d'autre possibilité que de la rejeter.

Un raisonnement similaire a été suivi par la Cour de Justice des Communautés européennes pour l'article 5, alinéa 2, du traité C.E.E., qui correspond presque mot pour mot à l'article 22 (1) de l'Accord. Dans son arrêt *Deutsche Grammophon* du 8 juin 1971 (878), la Cour a jugé que l'exercice d'une action en contrefaçon doit, même en l'absence d'entente ou de position dominante contraires aux articles 85 et 86 du traité, être refusé par les juges nationaux lorsque cette action tend à faire obstacle à la libre circulation des marchandises, règle fondamentale s'imposant au respect tant des États membres et de leurs organes que des particuliers. En effet, si le juge national faisait droit à pareille action, il méconnaîtrait l'obligation que lui fait l'article 5, alinéa 2, de s'abstenir de toute mesure contraire aux objectifs du traité.

Il n'est pas exclu de tenir le même raisonnement dans le cadre de l'Accord C.E.E.-Suisse. Sans imposer directement d'obligation aux États et aux particuliers, l'article 23, conjointement avec l'article 22, paraît de nature à produire certains effets en droit interne dans la mesure où il impose aux tribunaux suisses l'obligation de ne pas donner suite à des demandes constituant la mise en œuvre d'ententes ou de pratiques incompatibles avec l'Accord.

B. La situation dans la Communauté

17. Il ressort de l'arrêt *International Fruit* que, pour qu'une disposition d'un accord international liant la Communauté puisse être invoquée par les individus devant les tribunaux, il ne suffit pas qu'elle soit suffisamment précise et complète pour se prêter à être appliquée directement mais il faut en outre envisager l'économie et les termes de l'Accord. À cet égard, le mode de règlement des différends et la faculté pour une partie contractante d'appliquer unilatéralement des mesures de sauvegarde revêtent une importance déterminante.

Sur la base de ces éléments, il se pourrait que la Cour de Justice donne une réponse négative à la question de l'effet direct de l'Accord C.E.E.-Suisse. Plusieurs dispositions de celui-ci permettent en effet aux parties d'adopter unilatéralement des mesures de protection (879). Certes, dans

(878) Aff. 78/70, *Recueil*, XVII, p. 487.
(879) Voy. articles 21, 22, 23, 24, 26 et 28.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

la plupart des cas, une consultation préalable du Comité mixte est nécessaire ; dans certains cas, toutefois, elle n'est prévue qu'*a posteriori* (880) ou fait même totalement défaut (881). Aucune procédure arbitrale ou juridictionnelle n'est organisée pour le cas de manquement d'une partie à ses obligations ; seules sont prévues une consultation au sein du Comité mixte et l'adoption, par la partie lésée, des « mesures appropriées » (882). Il n'existe aucun mécanisme permettant d'assurer l'uniformité d'interprétation de l'Accord par les tribunaux des parties.

18. La réponse qui sera donnée par la Cour au problème de l'effet direct de l'Accord C.E.E.-Suisse, comme toute réponse portant sur l'interprétation du droit communautaire, s'imposera aux juridictions nationales qui se trouveront ultérieurement confrontées avec la même question, sous réserve de la possibilité pour elles de saisir la Cour à nouveau afin de tenter d'obtenir qu'elle modifie sa jurisprudence (883).

On pourrait songer à soutenir que les critères établis par l'arrêt *International Fruit* ne sont appelés à jouer que lorsqu'il s'agit de savoir si un accord international liant la Communauté peut être invoqué devant les tribunaux d'un État membre en vue de contester la validité d'un acte communautaire. Il est significatif que, lorsqu'il énonce les conditions auxquelles un accord international doit satisfaire pour pouvoir être invoqué par les particuliers, l'arrêt précise que c'est « dans le cas où l'invalidité est invoquée devant une juridiction nationale » qu'il faut « en outre » que l'accord soit de nature à engendrer pour les justiciables « le droit de s'en prévaloir en justice ».

On pourrait en déduire deux conséquences.

1) — On pourrait soutenir que lorsque l'incompatibilité d'un acte communautaire avec un accord international est invoquée directement devant la Cour de Justice — notamment à l'occasion d'un recours en annulation — il ne serait pas nécessaire d'établir que l'accord produit des effets directs.

Nous ne pensons pas que cette interprétation puisse être approuvée. Elle reviendrait à considérer que les moyens qui peuvent être invoqués à l'appui d'un recours en annulation sont plus étendus que ceux qui peuvent être soulevés par le biais d'une procédure préjudicielle de validité. Ceci

(880) Article 27 (3) (d).
(881) Voy. articles 21 et 28.
(882) Articles 22, alinéa 2 et 27 § 2.
(883) Cour de Justice, 27 mars 1963, aff. jtes 28 à 30-62, *Da Costa en Schaake*, *Recueil*, t. IX, p. 61, 75 et 76 ; voy. aussi : W.J. Ganshof van der Meersch, « *Le juge belge à l'heure du droit international et le droit communautaire* », Journal des tribunaux (belge), 1969, p. 537, 548 ; Cassation (Belgique), 24 décembre 1970, *ibid.*, 1971, p. 115, et les conclusions de M. le Procureur général W.J. Ganshof van der Meersch.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

est contraire à la jurisprudence antérieure de la Cour (884). À supposer que « l'esprit, l'économie et les termes » d'un accord ne permettent pas de considérer qu'il puisse être invoqué par les justiciables devant les tribunaux nationaux, on ne voit pas pourquoi il en irait autrement au cas où le même justiciable introduirait un recours direct devant la Cour de Justice (885).

2) — On pourrait considérer que l'arrêt *International Fruit* ne s'est prononcé que sur les critères de solution du conflit entre une disposition de droit communautaire dérivé et un accord international liant la Communauté et non entre une disposition de droit national et un pareil accord international.

Nous voyons difficilement comment on pourrait prétendre que les critères dégagés par l'arrêt *International Fruit* ne devraient pas être respectés par les tribunaux nationaux en cas de conflit avec une disposition de droit national. Il n'est pas exact qu'il s'agisse d'un problème de droit constitutionnel interne que la Cour de Justice n'a pas compétence pour trancher (886). La question de savoir si un accord international produit des effets directs est une question d'interprétation de cet accord (887). Or, les accords internationaux conclus par la Communauté faisant partie des sources de droit dont la Cour assure le respect, comme le confirme d'ailleurs l'arrêt *International Fruit*, il s'ensuit que l'interprétation de ces accords — en ce compris la question de leurs effets directs éventuels — relève de la compétence de la Cour de Justice en vertu de l'article 177 du traité (888).

19. En conclusion, nous pensons que c'est à la Cour de Justice qu'il appartiendra d'indiquer, dans *tous* les cas, si les dispositions de l'Accord C.E.E.-Suisse produisent des effets directs pour les justiciables de la Communauté. La réponse de la Cour s'imposera non seulement dans les litiges mettant en cause la conformité d'une disposition de droit communau-

(884) Voy. arrêt du 1er décembre 1965, aff. 16-65, SCHWARZE, *Recueil*, XI, p. 108 et les conclusions de M. l'Avocat général ROEMER.

(885) Dans le même sens, voy. la note KAPTEYN sous l'arrêt, *S.E.W.*, 1973, p. 497 et la note RIDEAU, *Cah. dr. eur.*, 1973, p. 481.

(886) Voy. cependant G. MEIER, « *Gemeinschaftsrecht und gemeinschaftsverbindliches Völkerrecht* », Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters, 1973, p. 377.

(887) Voy. A. KOLLER, op. cit., p. 66 à 68, 8 et suiv.

(888) La thèse selon laquelle la Cour est compétente en vertu de l'article 177 pour interpréter les accords internationaux conclus par la Communauté est généralement acceptée : cf. G. BEBR, *Judicial Control in the European Communities*, Londres, 1962, p. 187 ; A. PEPY, « *Les questions préjudicielles dans les traités de Paris et de Rome et la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes* », *Cah. dr. eur.*, 1965, p. 205 ; F. DUMON, « *Le renvoi préjudiciel* », Droit communautaire et droit national — Semaine de Bruges 1965, p. 206 ; id. « *La procédure des questions préjudicielles* » in Droit des Communautés européennes, Les Novelles, Bruxelles, 1969, n° 961 ; CH. TOMUSCHAT, *Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die Europäischen Gemeinschaften*, Cologne — Berlin, 1964, p. 83.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

taire avec l'Accord mais aussi dans ceux portant sur la conformité d'une disposition de droit national avec l'Accord.

À supposer que, comme on peut le craindre, la Cour décide que l'Accord ne peut pas être invoqué par les justiciables de la Communauté, sa réponse s'imposera dans tous les États membres, y compris ceux qui, comme l'Italie, auraient sans doute été enclins à reconnaître l'effet direct de l'Accord.

CONCLUSION

20. L'exposé qui précède a démontré qu'il existe un risque sérieux de divergence de jurisprudence entre la Communauté et la Suisse concernant l'applicabilité interne de l'Accord. Alors que les tribunaux suisses seront sans doute disposés à admettre de manière assez libérale la possibilité pour les particuliers de se fonder sur ses dispositions, on peut craindre qu'il n'en aille pas de même dans la Communauté. L'Accord ne prévoit aucune procédure permettant de résoudre pareils différends. Le Comité mixte n'a pas compétence pour trancher des questions de cette nature.

Nous nous permettons dès lors de former le vœu que, le jour où la question lui sera posée, la Cour de Justice reconsidère sa jurisprudence *International Fruit*. On peut regretter que, dans cet arrêt, elle ne se soit pas alignée sur celle des jurisprudences nationales qui faisait preuve de la plus grande ouverture d'esprit à l'égard du droit international. En distinguant nettement entre l'obligation internationale à laquelle l'Accord donne naissance pour la Communauté et l'absence d'applicabilité dans l'ordre interne, la Cour adopte, dans les rapports entre droit international et droit communautaire, une attitude dualiste en contradiction avec celle qu'elle préconise dans les rapports entre droit communautaire et droit national.

S'agissant d'un accord avec un État auquel nous lient des liens aussi nombreux que ceux qui existent avec la Suisse, laquelle, pour sa part, semble disposée à reconnaître le plus large effet interne aux obligations qu'elle a contractées, nous pensons qu'il s'impose d'appliquer un critère moins restrictif que celui dont la Cour de Justice a fait usage dans le contexte du G.A.T.T.

* * *

Je me félicitai de voir la Cour reconnaître l'applicabilité directe de la convention d'association de 1961 avec la Grèce ainsi que de la convention de Yaoundé de 1963 relative à l'association des États africains et malgache, de même que de l'accord de libre échange de 1972 avec le Portugal.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

« Les effets internes des accords internationaux conclus par la Communauté économique européenne »,
Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes,
Mélanges offerts à Charles Chaumont,
Paris, Pédone, 1984, pp. 579-591.

I. INTRODUCTION

Comme tout sujet de droit international, la Communauté économique européenne est fréquemment amenée à conclure des accords internationaux avec des pays tiers. Quels sont les effets de ces accords dans le droit interne de la Communauté et de ses États membres ?

Cette question présente un grand intérêt, non seulement théorique, mais aussi politique et pratique. Il est clair, en effet, que si un accord est interprété comme donnant naissance uniquement à des obligations entre parties contractantes, son efficacité réelle sera beaucoup plus limitée que si l'on admet qu'il crée des droits dont les individus peuvent obtenir la sauvegarde en s'adressant à leurs tribunaux. Dans le premier cas, l'État sait que, s'il méconnaît ses obligations à l'égard de ses partenaires, il s'expose à des réactions de leur part sur le plan diplomatique ; toutefois, il peut espérer aboutir avec eux à une solution qui tienne compte de l'essentiel de ses préoccupations, même si elle implique une certaine dérogation à la rigueur des engagements souscrits. Au contraire, si les dispositions de l'accord peuvent être invoquées devant les juridictions internes, la liberté d'action de l'État est beaucoup moins grande : il court en effet le risque de se voir rappeler à l'ordre par ses propres tribunaux, lesquels appliqueront l'accord tel qu'il a été signé et non tel que l'État espère pouvoir le renégocier.

La Cour de justice des Communautés européennes a bien compris cette vérité élémentaire. C'est la raison pour laquelle elle a donné un développement considérable à la notion d'« effet direct » du droit communautaire dans l'ordre interne des États membres. C'était en effet, pour elle, la meilleure façon de protéger le droit communautaire contre la tentation que pouvaient avoir les États de revenir sur leurs engagements.

Il est, dès lors, intéressant d'examiner l'attitude dont la Cour de justice a fait preuve à l'égard des accords internationaux souscrits par la Communauté.

Deux questions méritent d'être distinguées.

En premier lieu, il s'agit de rechercher les conditions auxquelles est subordonnée l'intégration de la règle conventionnelle internationale parmi les sources de droit applicables dans l'ordre communautaire. Ce problème relève du droit constitutionnel de la Communauté.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Ensuite, nous examinerons l'attitude de la jurisprudence à l'égard du problème de l'« effet direct » de la norme internationale. À supposer que celle-ci ait fait l'objet des formalités nécessaires, le cas échéant, pour lui conférer force obligatoire dans l'ordre interne, il faut encore vérifier si sa portée est telle qu'elle se prête à être appliquée par les tribunaux.

II. L'INTÉGRATION DE LA NORME CONVENTIONNELLE INTERNATIONALE DANS L'ORDRE COMMUNAUTAIRE

L'article 228 du traité précise les modalités de la conclusion des accords internationaux de la Communauté. Il prévoit que ces accords sont négociés par la Commission et sont conclus par le Conseil après consultation de l'Assemblée dans les cas prévus par le traité. Le paragraphe 2 ajoute : « Les accords conclus dans les conditions fixées ci-dessus lient les institutions de la Communauté et les États membres ».

Selon la pratique, la « conclusion » d'un accord par le Conseil désigne tantôt l'acte interne achevant les procédures communautaires préalables à l'acceptation définitive de l'engagement international, tantôt cette acceptation elle-même (889). Dans les deux cas, il s'agit d'une condition de l'entrée en vigueur internationale de l'accord.

La conclusion a-t-elle aussi pour effet de conférer aux dispositions de l'accord force obligatoire à l'intérieur de la Communauté ? La question est controversée. La pratique du Conseil est généralement d'adopter un règlement — lequel est, aux termes mêmes de l'article 189, « directement applicable » — lorsque l'accord comporte des dispositions susceptibles de produire des effets directs. Dans les autres cas, le Conseil adopte une décision *sui generis* (Beschluss). Ceci pourrait faire penser que la pratique communautaire est d'inspiration dualiste, en ce sens que l'entrée en vigueur internationale de l'accord ne suffirait pas pour lui conférer force obligatoire interne. Dans cette optique, le règlement serait nécessaire pour transformer la règle internationale et la rendre directement applicable à l'intérieur.

Un examen de la jurisprudence de la Cour de justice montre qu'il serait erroné de tirer des conséquences aussi absolues de la pratique suivie par le Conseil. D'une part, en effet, la Cour a reconnu que les dispositions du G.A.T.T. ont pour effet de lier la Communauté — quoique celle-ci n'y soit pas formellement partie — en raison du fait qu'elle doit être considérée comme s'étant substituée aux États membres dans leurs relations avec les autres parties contractantes ; si elle a refusé de les appliquer en l'espèce, c'est uniquement parce qu'elle a jugé qu'elles ne

(889) P. Brückner, *in* J. Megret, M. Waelbroeck, J.V. Louis, D. Vignes et J.L. Dewost, *Le droit de la Communauté économique européenne*, vol. 12, Bruxelles, 1980. pp. 35-36.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

produisent pas d'effet direct, et non en raison de l'absence d'un acte de transformation du Conseil (890). Dans un arrêt postérieur, elle a reconnu à la Convention de Yaoundé des effets directs en droit interne, malgré le fait que cette convention avait été approuvée par une décision *sui generis* et non par un règlement (891).

Faut-il en déduire que le droit communautaire se rallie à la doctrine moniste et considère que tout accord international liant la Communauté peut, de ce fait même, produire des effets à l'intérieur de la Communauté (892) ?

Une telle conclusion ne serait pas justifiée. En effet, la Cour a considéré que « la question de savoir si la conclusion d'un accord déterminé relève ou non des compétences de la Communauté et si, le cas échéant, ces compétences ont été exercées de manière conforme aux dispositions du traité » est « en principe susceptible d'être soumise à la Cour de justice, soit directement, au titre de l'article 169 ou de l'article 173 du traité, soit par la procédure préjudicielle (893).

Cette affirmation est d'autant plus remarquable que l'article 228 du traité prévoit la possibilité d'un contrôle juridictionnel *a priori* de la compatibilité d'un accord envisagé avec le traité. On aurait pu penser que l'existence de cette procédure préalable excluait la possibilité d'une censure *a posteriori*. Or, la Cour affirme expressément la possibilité d'un contrôle, lequel portera nécessairement sur l'acte de conclusion du Conseil, et non sur l'accord international lui-même, lequel demeure obligatoire pour la Communauté. Le fait que la Cour a fondé sa compétence pour interpréter les accords internationaux en vertu de l'article 177 du traité par la considération que ces accords sont conclus par le Conseil et doivent dès lors être considérés comme des « actes d'une institution » (894) semble indiquer, lui aussi, que la Cour rattache la force obligatoire interne des accords internationaux à l'acte de conclusion du Conseil.

L'attitude de la Cour ne paraît donc pas en tous points compatible avec la théorie moniste, puisqu'elle admet qu'un accord en vigueur internationalement puisse être privé d'efficacité interne par le biais d'un

(890) C.J., 12 décembre 1972, aff. j. 21 à 24/72, *International Fruit*, *Rec.*, 1972, p. 1219 ; *C.D.E.*, 1973, p. 461, notes J. Rideau.

(891) C.J., 5 février 1976, aff. 87/75, *Rec.*, 1976, p. 129.

(892) En faveur de l'interprétation « moniste » du système communautaire, voy. J.V. Louis, « Mise en œuvre des obligations de la Communauté dans les ordres juridiques de la Communauté et de ses États membres », *R.B.D.I.*, 1977, pp. 122, 136-137 ; *id.*, *in* J. Megret, M. Waelbroeck, J.V. Louis, D. Vignes et J.L. Dewost, *op. cit.*, pp. 195-197 ; P. Pescatore, « Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur innergemeinschaftlichen Wirkung völkerrechtlicher Abkommen », *in Völkerrecht als Rechtsordnung*, *Internationale Gerichtsbarkeit*, *Menschenrechte*, *Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin, 1983, pp. 661 et suiv.

(893) Avis 1/75 du 11 novembre 1975, *Rec.*, 1975, p. 1359.

(894) C.J., 30 avril 1974, aff. 181/73, *Haegeman*, *Rec.*, 1974, pp. 459-460.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

recours dirigé contre l'acte de conclusion. Le fondement de l'applicabilité interne des accords internationaux ne réside donc pas exclusivement dans le droit international ainsi que le voudrait la thèse moniste (895).

III. L'EFFET DIRECT DES ACCORDS INTERNATIONAUX CONCLUS PAR LA COMMUNAUTÉ

Au fil des années, la Cour a élaboré une importante jurisprudence relative à l'effet direct du droit communautaire. Un nombre croissant de dispositions du traité et du droit dérivé se sont vu reconnaître la capacité de donner naissance à des droits individuels pouvant être invoqués par les particuliers devant les juridictions nationales (896).

On pouvait se demander si les principes dont la Cour s'inspire pour déterminer l'effet direct d'une disposition de droit communautaire en droit national sont transposables tels quels aux rapports entre le droit international et le droit communautaire. D'une part, on peut faire valoir qu'un souci de cohérence s'oppose à l'application de deux systèmes de raisonnement différents selon qu'il s'agit de relations des ordres juridiques à l'intérieur de la Communauté ou des relations du droit communautaire et du droit international conventionnel (897). À cela, on peut répondre que la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'effet direct du droit communautaire s'est développée dans le contexte d'un traité ayant pour objectif de réaliser une intégration très poussée, tant sur le plan économique que sur le plan juridique, entre les États membres, et qu'il peut se justifier d'appliquer une méthode différente lorsqu'il s'agit d'interpréter un accord ayant une finalité différente. L'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités impose en effet d'interpréter un traité « à la lumière de son objet et de son but ».

Les arrêts de la Cour relatifs au problème de l'effet direct des accords internationaux sont relativement rares. Dans la majorité des cas, la Cour a pu éviter de se prononcer, constatant que la disposition invoquée,

(895) Selon certains auteurs allemands de tendance dualiste, le fondement de la validité interne des accords internationaux doit être recherché dans l'article 228, lequel pourrait être considéré soit comme un « transformateur général » (A. Bleckmann, « Die Position des Völkerrechts im inneren Rechtsraum der Europäischen Gemeinschaften ; Monismus oder Dualismus der Rechtsordnung », *Jahrbuch für Internationales Recht*, 1975, p. 310) soit comme un « ordre général d'exécution » (M. Schröder, « Commentaire de l'article 228 », *in* Groeben-Boeckh-Thiesing-Ehlermann, *Kommentar zum E.W.G.-Vertrag*, tome 2, 3e édition, Baden-Baden, 1983, pp. 1097-1098.

(896) Ce n'est pas ici le lieu de rappeler le développement de cette jurisprudence en détail. Voy. pour une analyse approfondie, M. Maresceau, *De Directe werking van het Europese Gemeenschapsrecht*, Anvers, 1978. Voy. aussi M. Waelbroeck, « Le rôle de la Cour de justice dans la mise en œuvre du droit communautaire », *C.D.E.*, 1982, pp. 347, 365-372.

(897) Voy. en ce sens, conclusions Mayras, aff. j. 21-24/72, *International Fruit*, *Rec.*, 1972, p. 1236.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

même à la supposer directement applicable, n'avait pas la portée qui lui était attribuée par la partie qui se fondait sur elle (898).

Lorsqu'elle a envisagé le problème, la Cour a tenu compte du système général et de l'objectif poursuivi par l'accord dans sa réponse au problème de l'effet direct à lui reconnaître.

A) Les conventions d'association

La Cour a eu à se prononcer sur l'effet direct à reconnaître aux dispositions de la Convention de Yaoundé de 1963 relative à l'association des États africains et malgache et de l'Accord d'Athènes de 1961 relatif à l'association de la Grèce à la C.E.E. Dans les deux cas, la réponse a été affirmative.

En ce qui concerne la Convention de Yaoundé, elle affirme qu'il convient « d'envisager à la fois l'esprit, l'économie et les termes » de la convention et de la disposition qui était invoquée. Elle constate que la convention a été conclue en raison des liens économiques et politiques particuliers qui existaient avec certains pays et territoires d'outre-mer devenus entre temps indépendants et qu'elle a pour but de contribuer au développement de ceux-ci. Par ailleurs, la disposition invoquée renvoyait expressément à un article du traité C.E.E. auquel la Cour avait, dans un arrêt précédent, reconnu des effets directs. L'absence de réciprocité entre les droits et obligations de la Communauté, d'une part, et des États associés, d'autre part, n'a pas été considérée comme faisant obstacle à l'effet direct, ce déséquilibre étant « dans la logique même du caractère spécifique de la convention » (899).

Au sujet de l'Accord d'Athènes, la Cour est moins explicite. Elle commence par relever que la disposition invoquée était rédigée dans des termes semblables à ceux de l'article 95 du traité C.E.E. (dont l'effet direct avait été reconnu précédemment dans une longue série d'arrêts) et qu'elle remplissait, dans le cadre de l'association entre la Communauté et la Grèce, une fonction identique à celle de l'article 95. Elle en conclut, quelque peu laconiquement, qu'il résulte des termes de la disposition ainsi que de l'objet et de la nature de l'accord d'association dont elle fait partie qu'elle doit être considérée comme d'application directe (900).

(898) Voy. à ce sujet l'examen approfondi de la jurisprudence de la Cour par P. Pescatore, article cité, *Festschrift für Hermann Mosler*, pp. 681-682.

(899) C.J., 5 février 1976, aff. 87/75, *Bresciani*, *Rec.*, 1976, p. 129.

(900) C.J. (1re Ch.), 29 avril 1982, aff. 17/81, *Pabst & Richarz*, *Rec.*, 1982, pp. 1331, 1350.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

B) Le G.A.T.T.

La Cour a fait preuve d'une attitude plus réticente à l'égard du G.A.T.T. Deux arrêts déjà anciens, confirmés par trois décisions récentes, nient la possibilité pour cet accord d'être appliqué directement par les juridictions nationales (901).

Dans chacun de ces arrêts, la Cour examine non pas la disposition spécifique invoquée mais le système d'ensemble de l'Accord général. Elle constate que celui-ci « est caractérisé par la grande souplesse de ses dispositions, notamment de celles qui concernent les possibilités de dérogation, les mesures pouvant être prises en présence de difficultés exceptionnelles et le règlement des différends entre les Parties Contractantes ». Elle ajoute que lorsqu'un différend ne peut être résolu au moyen de consultations entre parties intéressées ou avec les Parties Contractantes agissant collectivement, l'article XXIII prévoit des représentations ou propositions écrites à « examiner avec compréhension », des enquêtes éventuellement suivies de recommandations, de consultations ou de décisions des Parties Contractantes agissant collectivement, y compris celle d'autoriser certaines Parties Contractantes à suspendre, à l'égard d'autres, l'application de toute concession ou autre obligation résultant de l'Accord général et enfin, dans le cas d'une telle suspension, la faculté de la partie concernée de dénoncer cet accord. Pour le cas où, du fait d'un engagement assumé en vertu de l'Accord général ou d'une concession relative à une préférence, certains producteurs subissent ou risquent de subir un préjudice grave, l'article XIX prévoit la faculté pour une Partie Contractante de suspendre unilatéralement l'engagement ainsi que de retirer ou de modifier la concession, soit après consultation de la collectivité des Parties Contractantes et à défaut d'accord entre les Parties Contractantes intéressées, soit même, s'il y a urgence et à titre provisoire, sans consultation préalable. La Cour en conclut que ces éléments suffisent à montrer que, placée dans un tel contexte, la disposition invoquée n'est pas de nature à engendrer, pour les justiciables de la Communauté, le droit de s'en prévaloir en justice (902).

Nous avons émis des doutes quant au bien-fondé des motifs sur lesquels la Cour s'est fondée pour nier l'applicabilité directe du G.A.T.T. (903). En effet, l'existence de clauses de sauvegarde pouvant être invoquées unila-

(901) C.J., 12 décembre 1972, précité ; 24 octobre 1973, aff. 91/73, *Schlüter*, *Rec.*, 1973, p. 1135 ; 16 mars 1983, aff. 266/71, *Società italiana per l'oleodotto transalpino*, aff. j. 267 à 269/81, *Società petrolifera italiana*, aff. j. 290 et 291/81, *Compagnia Singer*, *Rec.*, 1983, pp. 731, 801 et 847.

(902) Voy. notamment les attendus 21 à 27 de l'arrêt *International Fruit* du 12 décembre 1972. Les attendus 29 et 30 de l'arrêt *Schlüter* reprennent en essence le même raisonnement. Quant aux arrêts du 16 mars 1983, ils se bornent à affirmer que les raisons indiquées dans les arrêts *International Fruit* et *Schlüter* demeurent valables.

(903) M. Waelbroeck, « Effect of G.A.T.T. within the Legal Order of the E.E.C. », *Journal of World Trade Law*, 1974, p. 614 ; « L'effet direct de l'accord relatif aux échanges commerciaux

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

téralement et l'absence de recours juridictionnel ne semblent pas constituer des raisons suffisantes pour que l'on doive refuser à un accord toute aptitude à être invoqué directement par les justiciables devant leurs tribunaux.

Certes, l'on pourrait répondre que, si les auteurs d'un traité ont expressément prévu qu'un manquement peut justifier, en vertu même d'une procédure convenue entre les parties, l'adoption de mesures de même nature par les parties lésées et cela, afin de redresser l'équilibre, il est difficile d'admettre qu'un tribunal interne écarte une mesure nationale contraire à l'accord international. Ce raisonnement reviendrait toutefois à remettre en cause le caractère contraignant des règles du G.A.T.T. elles-mêmes (904) alors que la Cour a expressément affirmé, clans le même arrêt *International Fruit*, que les dispositions du G.A.T.T. « ont pour effet de lier la Communauté » (905). Le raisonnement de la Cour nous paraît dès lors affecté d'une contradiction interne dans la mesure où, tout en affirmant le caractère obligatoire du G.A.T.T., il aboutit à refuser globalement toute efficacité interne à l'ensemble de ses dispositions.

La jurisprudence de la Cour nous paraît regrettable également sur le plan de la protection juridique des particuliers. En effet, la Cour de cassation italienne avait reconnu l'applicabilité directe des dispositions de l'Accord général (906). Or, du fait de la substitution de la Communauté aux engagements conclus par les États membres dans le cadre du G.A.T.T., seule la Cour de justice est dorénavant compétente pour interpréter l'Accord général, notamment en ce qui concerne le problème de ses effets à l'intérieur de l'ordre juridique communautaire (907). Ainsi qu'en témoignent les arrêts du 16 mars 1983, lesquels mettaient tous en cause des requérantes de nationalité italienne, la mise en place par la Communauté d'une politique tarifaire et commerciale communes aura abouti à une diminution sensible des droits des particuliers en cas de violation par leur État de ses engagements internationaux.

C) Les accords de libre échange

On aurait pu craindre que la jurisprudence relative aux effets internes du G.A.T.T. ne soit étendue aux dispositions des accords que la Commu-

du 22 juillet 1972, entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse », *A.S.D.I.*, 1973, p. 113.

(904) Voy. en ce sens, J.V. Louis, *in* J. Megret, M. Waelbroeck, J.V. Louis, D. Vignes, J.L. Dewost, *op. cit.*, vol. 12, p. 188 ; M. Maresceau, *op. cit.*, p. 182.

(905) Attendu n° 18.

(906) Corte di Cassazione, 6 juillet 1968, n° 2293, *Giustizia civile*, 1968, I, p. 1571, et les autres références citées dans notre étude prémentionnée, *A.S.D.I.*, 1973, p. 221, note 33.

(907) C.J., 19 novembre 1975, aff. 38/75, *Douaneagent der NV Nederlandse Spoorwegen*, *Rec.*, 1975, p. 1439.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

nauté a conclus avec les pays de l'Association européenne de libre échange après l'adhésion à la Communauté du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark (908). En effet, plusieurs dispositions de ces accords permettent aux parties d'adopter unilatéralement des mesures de protection. Aucune procédure arbitrale ou juridictionnelle n'est organisée pour le cas du manquement d'une partie à ses obligations ; seules sont prévues une consultation au sein d'un comité mixte et l'adoption, par la partie lésée, de « mesures appropriées ». Aucun mécanisme ne permet d'assurer l'uniformité d'interprétation par les tribunaux des parties contractantes. Le raisonnement de l'arrêt *International Fruit* paraissait ainsi transposable à ces accords (909).

Le problème a été posé à la Cour dans trois affaires récentes.

Dans la première, elle s'est bornée à répondre à la question d'interprétation posée sans prendre expressément position sur la question de l'effet direct (910). Il résulte néanmoins de manière certaine de l'arrêt que la Cour entendait donner une réponse affirmative (911).

Dans le deuxième cas, la Cour a également évité de se prononcer, estimant qu'en raison de l'interprétation donnée à la disposition invoquée, son applicabilité à l'espèce soumise au juge national était de toute façon exclue (912). Dans cette affaire, la Commission avait, au cours de la procédure orale, défendu une thèse restrictive. Soulignant que les accords de libre-échange ne prévoient pas d'harmonisation du droit ou de politique commune et qu'ils ne prévoient pas non plus un système obligatoire de règlement des litiges, elle estimait que la Cour ne devrait reconnaître l'effet direct que dans la mesure où la disposition invoquée est rédigée d'une façon absolument claire ou que son sens a été clarifié par les parties contractantes. Selon la Commission, il serait possible de distinguer, au sein d'une même disposition, un « noyau central » ayant un effet direct et une zone périphérique dont l'interprétation devrait être réservée aux parties contractantes dans le cadre de leurs contacts diplomatiques réguliers, plutôt qu'aux juridictions internes.

La société Polydor, de même que les gouvernements britannique, allemand, danois, français et néerlandais, estimaient qu'on ne pouvait reconnaître l'effet direct de l'accord de libre-échange. Ils soulignaient particulièrement l'absence d'institutions communes chargées d'en assurer une

(908) Accords signés le 22 juillet 1972 avec la Suisse, la Suède, l'Autriche, l'Islande et le Portugal, le 14 mai 1973 avec la Norvège et le 15 octobre 1973 avec la Finlande.

(909) Voy. à ce sujet les craintes que nous avions exprimées dans notre étude précitée, *A.S.D.I.*, 1973, spéc. pp. 129-132.

(910) C.J., 24 avril 1980, aff. 65/79, *Chatain*, *Rec.*, 1980, p. 1345.

(911) En effet, elle affirme que l'application d'une sanction pénale excessivement sévère pour la violation de la législation douanière d'un État membre peut constituer une « mesure d'effet équivalent » à une restriction à l'importation interdite par l'accord C.E.E.-Suisse.

(912) C.J., 9 février 1982, aff. 270/80, *Polydor*, *Rec.*, 1982, p. 329.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

interprétation uniforme. Polydor avait en outre insisté sur le fait que les juridictions suprêmes, en Autriche et en Suisse, s'étaient prononcées à l'encontre de l'effet direct (913), si bien que la réciprocité ne serait pas assurée par ces deux pays.

Ce n'est finalement que dans l'arrêt *Kupferberg* du 26 octobre 1982 (914) que la Cour a pris clairement position sur le problème. Ici aussi, plusieurs gouvernements — ceux du Danemark, de la République fédérale d'Allemagne, de la France et du Royaume-Uni — étaient intervenus dans un sens négatif.

La Cour ne les a pas suivis. Rappelant sa jurisprudence antérieure, aux termes de laquelle les accords conclus par la Communauté forment partie intégrante du droit communautaire et doivent faire l'objet d'une application et d'une interprétation uniformes dans l'ensemble des États membres, elle insiste sur le fait qu'en assurant le respect des engagements découlant d'un accord conclu par la Communauté, les États membres remplissent une obligation non seulement par rapport au pays tiers concerné, mais également et surtout envers la Communauté qui a assumé la responsabilité pour la bonne exécution de l'accord. La Cour rappelle ensuite que, selon les règles générales du droit international, tout accord doit être exécuté de bonne foi et qu'il incombe à chacune des parties de déterminer les moyens propres à assurer cette exécution dans son ordre juridique, à moins que l'accord ne détermine lui-même ces moyens. Sous cette dernière réserve, la circonstance que les juridictions de l'une des parties estimeraient que certaines des stipulations de l'accord sont d'applicabilité directe, alors que les juridictions de l'autre partie n'admettraient pas cette applicabilité directe, n'est pas, selon la Cour, en elle-même et à elle seule, de nature à constituer une absence de réciprocité dans la mise en œuvre de l'accord. La Cour rejette ensuite l'argument déduit de l'existence de procédures consultatives et de l'absence de juridiction commune, estimant qu'une telle structure institutionnelle ne suffit pas pour exclure toute application juridictionnelle de l'accord. Quant aux clauses de sauvegarde, la Cour remarque qu'elles ne sont d'application que dans des circonstances déterminées et, en règle générale, après un examen contradictoire au sein du comité mixte. L'existence de ces clauses n'est donc pas non plus, en elle-même, de nature à affecter l'applicabilité directe que peuvent comporter certaines stipulations de l'accord. Enfin, sur la base d'un examen de l'objectif poursuivi par l'accord, à savoir la création d'un régime de libre échange dans le cadre duquel les réglementations commerciales restrictives doivent être

(913) Tribunal fédéral suisse, 25 janvier 1979, *Arrêts du Tribunal fédéral*, 105, II, p. 49 (affaire « Sunlight ») ; Oberster Gerichtshof d'Autriche, affaire *Austro-Mechana c/Gramola Winter & Co*, *Revue internationale de droit autrichien*, 1980, p. 104.

(914) Aff. 104/81, *Rec.*, 1982, p. 3641.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

éliminées pour l'essentiel des échanges commerciaux, la Cour aboutit à la conclusion que la disposition particulière invoquée, qui interdisait de manière inconditionnelle toute discrimination en matière fiscale, était susceptible d'être appliquée par une juridiction et donc de produire des effets directs dans l'ensemble de la Communauté (915).

Il est frappant de constater que le raisonnement de la Cour part de la nécessité d'assurer l'« exécution complète » de l'accord et qu'il considère que cette exécution complète postule, sauf preuve du contraire, la reconnaissance d'effets divers. En présence d'une disposition suffisamment précise pour imposer une obligation inconditionnelle, l'effet direct est en quelque sorte présumé, et les objections soulevées — absence de réciprocité, inexistence d'une juridiction commune, existence de clauses de sauvegarde — ne sont pas suffisantes pour renverser cette présomption. Grâce à ce point de départ différent, la Cour est en mesure d'aboutir à une solution opposée à celle qu'elle avait retenue s'agissant du G.A.T.T. Une telle évolution, aboutissant à assurer une meilleure observation des obligations internationales, mérite d'être approuvée sans réserves.

IV. CONCLUSIONS

Dans les conditions de crise économique que la Communauté traverse aujourd'hui, les pressions s'accentuent en faveur d'une interprétation restrictive d'engagements souscrits dans des temps plus heureux. Lorsque, dans les affaires *Polydor* et *Kupferberg*, ils prenaient position à l'encontre de la reconnaissance d'effets directs aux accords de libre-échange, les gouvernements de cinq États membres visaient en réalité à limiter autant que possible la portée des obligations qu'ils avaient assumées et à garder les mains libres pour le cas où la réintroduction de mesures protectionnistes unilatérales dans les relations avec les pays tiers leur aurait paru nécessaire. Une telle attitude était grosse de risques sérieux pour l'unité, déjà mal assurée, de la politique commerciale commune. Il n'est pas surprenant que la Cour ait rappelé aux États membres que, dans l'exécution des accords conclus par la Communauté, ils remplissent une obligation tant à l'égard des autres pays contractants qu'envers la Communauté. Le respect par les États membres des obligations internationales de la Communauté intéresse non seulement les pays tiers concernés mais aussi la Communauté. Dès lors, en consacrant l'effet direct de ces obligations, et en renforçant ainsi la garantie dont bénéficie l'exécution des engagements conventionnels dans la Communauté, la Cour contribue à la fois au respect du droit international et à la consolidation de la politique commerciale commune.

(915) Attendu 26.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Effets internes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

B. ASPECTS DE DROIT MATÉRIEL

I. Restrictions d'origine privée à la liberté des marchés

1. *L'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires*

Longtemps, l'efficacité de la lutte contre les restrictions de concurrence a été battue en brèche par des doutes quant à l'applicabilité directe des articles 85 et 86 du traité C.E.E. énonçant l'interdiction des ententes et des abus de position dominante.

Lorsque l'entrée en vigueur du règlement n° 17 du Conseil mit fin à ces hésitations, le débat se déplaça. D'une part, certains doutaient que les juridictions nationales eussent compétence pour appliquer les articles 85 et 86, tout au moins lorsque la Commission avait engagé une procédure en vertu du règlement. D'autres se demandaient quels effets reconnaître aux accords restrictifs de concurrence notifiés à la Commission conformément au règlement mais à l'égard desquels la Commission n'avait pas encore pris de décision. Dans son célèbre arrêt *Bosch* du 6 avril 1962, la Cour de justice avait affirmé que ces accords devaient être considérés comme « provisoirement valables », sans davantage préciser la portée de cette notion.

Je joignis ma voix à celle de plusieurs auteurs qui affirmaient la pleine compétence des tribunaux pour appliquer les articles 85 et 86 en tant que dispositions directement applicables, même lorsque la Commission avait engagé la procédure, et qui prônaient une interprétation restrictive de la notion de validité provisoire.

Ces controverses ont aujourd'hui perdu toute actualité (916). Je me bornerai dès lors à reproduire ci-après l'état des lieux de la question que je traçai en 1972. J'ajouterai qu'en 1973, la Cour, tenant compte des

(916) Les lecteurs que la chose intéresse pourront consulter les articles suivants que je consacrai à la question :

— « Le problème de la validité des ententes économiques dans le droit privé du marché commun », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, pp. 415-443 ;

— Note d'observations sous App. Bruxelles (5e ch.), 25 juin 1964, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1965, pp. 154-161 ; « Compétences respectives des juridictions nationales et des institutions communautaires pour l'application de l'article 85 du traité instituant la C.E.E., Note sous Cass. b. (1re ch.), 8 juin 1967 », *Rev. crit. jur. b.*, 1968, p. 15-33 ;

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

critiques auxquelles la notion de validité provisoire avait donné lieu, l'a limitée aux seuls accords dits « anciens », c'est-à-dire existant au jour de l'entrée en vigueur du règlement n° 17 (917), et que l'année suivante, elle confirmait la pleine compétence des tribunaux nationaux pour appliquer les articles 85 et 86 en raison de leur effet direct.

***Commentaire J. Mégret, Le droit de la CEE,* Volume IV, *Concurrence*, 1re édition, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1997, Chapitre IV, « L'application des règles de concurrence par les autorités administratives et par les juridictions nationales », 3. « L'application de l'article 85, paragraphe 1er, et de l'article 86 par les juridictions nationales »,** pp. 155-173.

3° L'application de l'article 85, paragraphe 1er, et de l'article 86 par les juridictions nationales

§ 1 DISTINCTION ENTRE L'APPLICATION À TITRE PRINCIPAL ET À TITRE INCIDENT

80. Les juridictions nationales peuvent être amenées à appliquer l'article 85, paragraphe 1er, et l'article 86 soit à titre principal, soit à titre incident.

Elles appliquent ces dispositions à titre *principal* lorsqu'elles sont saisies de poursuites intentées par l'autorité compétente pour veiller au respect des règles de concurrence. Ainsi en est-il des tribunaux correctionnels en France, lorsqu'ils statuent sur l'action pénale introduite par le ministère public, lequel est saisi par le ministre de l'Économie, qui consulte la Commission technique des ententes. Mais les juridictions nationales appliquent aussi les articles 85 et 86 à titre principal lorsqu'elles se prononcent sur les recours formés par les entreprises contre les décisions de l'autorité administrative compétente, dans les pays où cette autorité a le pouvoir de prendre elle-même des décisions en application des règles de concurrence. Telle est la situation en Allemagne, lorsque le *Kammergericht* et le *Bundesgerichtshof* se prononcent sur les recours contre les décisions du *Bundeskartellamt*.

— « La validité provisoire des ententes notifiées et des ententes non sujettes à notification », Europees Kartelrecht, 1968, pp. 121-136 ;

— « Que reste-t-il de la validité provisoire des ententes ? Note sous *C.J.C.E.*, 6 février 1973, 48/72, S.A. Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen », *Cah. dr. eur.*, 1974, p. 169-180.

(917) Arrêt du 6 février 1973, 48/72, S.A. Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen, *Rec.* 1973, p. 77.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Les juridictions nationales appliquent les articles 85 et 86 de manière *incidente* lorsqu'elles ont à se prononcer sur un litige entre particuliers, dans lequel la solution à donner dépend de l'appréciation d'un acte ou d'un comportement au regard du droit communautaire de la concurrence. Ainsi, il peut s'agir de se prononcer sur le caractère obligatoire d'une convention pour les parties, sur son opposabilité à un tiers qui s'est rendu complice de sa violation ou qui a sciemment agi en méconnaissance des droits qu'elle confère à une des parties, ou sur le caractère fautif d'un comportement et la responsabilité qui s'y rattache ; dans chacun de ces cas, il peut être nécessaire d'avoir recours au droit communautaire pour se prononcer sur la question préalable.

§ 2 LE PROBLÈME DE LA QUALIFICATION DES JURIDICTIONS NATIONALES AU REGARD DE L'ARTICLE 9, PARAGRAPHE 3, DU RÈGLEMENT N° 17

a) Application de l'article 85 ou de l'article 86 à titre principal

81. Il n'est pas douteux que, lorsqu'ils appliquent l'article 85, paragraphe 1er, ou l'article 86, à titre principal — que ce soit en première instance ou sur recours contre la décision de l'autorité administrative compétente — les tribunaux sont des « autorités des États membres » au sens de l'article 9, paragraphe 3, du règlement n° 17, et qu'ils sont dès lors tenus de se dessaisir dès l'instant où la Commission a engagé la procédure. En effet, il ne devrait pas dépendre de l'organisation administrative ou judiciaire interne des États membres de pouvoir soustraire certaines de leurs autorités à l'obligation de dessaisissement qui résulte de l'article 9, paragraphe 3 (918). Le fait que l'application des règles de concurrence soit confiée à des autorités judiciaires plutôt qu'administratives ne peut avoir aucune influence sur la compétence exclusive reconnue à la Commission, une fois la procédure engagée par elle.

b) Application de l'article 85 ou de l'article 86 à titre incident

82. Plus douteuse est la question de savoir si, lorsqu'ils appliquent l'article 85, paragraphe 1er, et l'article 86, à titre incident dans un litige privé, les tribunaux sont aussi des « autorités » au sens du règlement. Quoique le mot « autorité » se prête à une telle interprétation, une réponse affirmative soulève des objections sérieuses. Il résulte en effet tant des travaux préparatoires du règlement n° 17 que de son économie générale et du contexte que ses auteurs n'ont pas entendu toucher aux

(918) B. Goldman, *op. cit.*, n° 339.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

compétences des tribunaux statuant à titre incident, mais ont entendu uniquement régler l'exercice des pouvoirs de la Commission et des autorités nationales (qu'elles soient judiciaires ou administratives) *spécialement* chargées de veiller au respect des règles de concurrence.

On peut faire valoir en ce sens tout d'abord que les mots « autorité des États membres » sont utilisés à plusieurs reprises par le règlement n° 17 dans un sens excluant qu'ils se réfèrent aux tribunaux ordinaires statuant à titre incident (919). L'arrêt *Bosch*, pour sa part, indique lui aussi que les « autorités des États membres » visées à l'article 88 du traité sont les autorités spécialement chargées par les législations nationales de l'application des règles de concurrence (920).

En outre, l'article 9, paragraphe 3, ne mentionne la compétence des autorités des États membres qu'en ce qui concerne l'application de l'article 85, paragraphe 1er et de l'article 86. L'article 9, paragraphe 1er, réserve l'application de l'article 85, paragraphe 3, à la compétence exclusive de la Commission. Aucune disposition du règlement ne précise l'organe compétent pour prononcer la nullité prévue à l'article 85, paragraphe 2. Il est certain que les auteurs du règlement ont considéré que cette tâche incombait aux tribunaux ordinaires, statuant dans le cadre de litiges entre particuliers : ces tribunaux ont en effet pour fonction naturelle de déduire les conséquences, sur le plan du droit privé, de la violation des règles impératives contenues dans les articles 85 et 86 — et partant de prononcer la nullité des accords interdits. Le fait que le règlement n° 17 ne mentionne pas l'article 85, paragraphe 2, provient donc de la conviction qu'avaient ses auteurs que ses dispositions ne visent pas les tribunaux ordinaires, mais que ceux-ci, lorsqu'ils ont à se prononcer sur les conséquences civiles de l'interdiction, le font dans le cadre de l'organisation judiciaire interne, sans que leur compétence soit affectée par le règlement.

Il en résulte que la compétence des tribunaux de droit commun pour appliquer les articles 85 et 86 *à titre incident* trouve son fondement dans *l'applicabilité directe* de ces articles du traité, *et non dans l'article 9, paragraphe 3, du règlement n° 17*. Le seul objet de cette dernière disposition est de proroger la compétence que l'article 88 reconnaissait aux autorités — qu'elles soient administratives ou judiciaires — spécialement chargées d'appliquer la législation nationale sur la concurrence à titre *principal*, au-delà de la date d'entrée en vigueur du règlement.

Il n'est donc pas étonnant que la grande majorité des auteurs ayant étudié la question ait estimé que les « autorités » mentionnées à l'ar-

(919) Voy. les articles 10, paragraphe 1er ; 11, paragraphes 1er, 2 et 6 ; 13 ; 14, paragraphes 2, 4 et 5 ; 19, paragraphe 2 ; 20, paragraphe 2, et 23 ; voy. aussi, au sujet de ces articles, *supra*, n° 56 à 58, 60 et 7.

(920) Voy. *infra*, n° 83.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ticle 9, paragraphe 3, du règlement n° 17 ne comprenaient pas les tribunaux ordinaires, statuant à titre incident (921).

83. *L'arrêt Bosch.* Cette interprétation se fondait aussi sur l'arrêt *Bosch* (922). Celui-ci avait distingué la compétence des tribunaux nationaux de constater la nullité de plein droit des accords, en vertu de l'article 85, paragraphe 2, de celle des « autorités des États membres » d'appliquer l'article 85, paragraphe 1er. Alors que la première résulte, selon l'arrêt, du caractère directement applicable de l'article 85, paragraphe 2, la deuxième trouve son origine dans l'article 88 du traité, conjointement avec l'article 9 du règlement n° 17. Selon l'arrêt, les tribunaux ne peuvent constater la nullité d'un accord que dans la mesure où une application de l'article 85, paragraphe 3, est exclue pour la période prise en considération ; c'est là, selon la Cour, une conséquence du caractère « indivisible » des paragraphes 1er et 3 de l'article 85. Pareille limitation ne vaut pas pour les « autorités des États membres », lesquelles peuvent, selon l'arrêt, appliquer l'article 85, paragraphe 1er, même à des accords qui ont été notifiés en temps utile. Il paraît donc clair que, selon l'arrêt *Bosch*, les tribunaux, lorsqu'ils sont appelés à appliquer l'article 85, paragraphe 1er, de manière incidente, notamment en constatant la nullité découlant de l'article 85, paragraphe 2, ne sont pas des « autorités » au sens de l'article 9 du règlement n° 17.

84. *L'arrêt Bilger.* La surprise fut donc grande lorsque, dans l'arrêt *Bilger* (923), la Cour affirma, comme une vérité d'évidence ne nécessitant aucune démonstration, « que ledit article 88 renvoie aux règles de compétence et de procédure nationales, de sorte que la notion d'« auto-

(921) Voy. en ce sens notamment, outre notre note sous Amiens, 9 mai 1963, *J.T.*, 1963, p. 640, point 2 : H. Schumacher, « Rechtliche Probleme bei der Anwendung des EWG-Kartellrechts durch nationale Behörden und Gerichte », *A.W.D.*, 1965, 406 ; Van Gerven, *op. cit.*, nos 146 et suiv. ; L.P. Suetens, *Chronique*, *S.E.W.*, 1965, p. 124 ; F. Dumon, conclusions sous Cass. belge, 8 juin 1967, *J.T.*, 1967, p. 462 ; *id.*, « Les règles européennes relatives à la concurrence et le contrôle juridictionnel ou administratif communautaire et national, *Liber amicorum en l'honneur du Professeur L. Fredericq*, Gand, 1965, t. I, pp. 377 et suiv. ; A. Deringer, *op. cit.*, pp. 307 à 309 ; H. Drion, « De toepassing van het verbod van de artikelen 85, lid 1 en 86 door de nationale autoriteiten », *Europees kartelrecht*, *Europese monografieën Nr. 2*, Deventer, 1965, pp. 73, 78 à 82 ; B. Baardman, « De toepassing van artikel 85 E.E.G.-Verdrag en van Verordening Nr. 17 door de rechter en de Commissie in het algemeen », *Europees kartelrecht in ontwikkeling*, *Europese monografieën Nr. 9*, Deventer, 1968, pp. 29, 61 ; K.P. Mailänder, *Zuständigkeit und Entscheidungsfreiheit nationaler Gerichte im E.W.G.-Kartellrecht*, Baden-Baden, 1965, pp. 23 et suiv. ; J.G. Geelkerken, *Nietigheid van concurrentiebeperkingen*, Deventer, 1966, p. 246 ; W. Alexander, « The Domestic Courts and Article 85 of the Rome Treaty », I *CML Rev.*, 1963-1964, p. 446 ; A. Braun, note, *Ing.-Cons.*, 1964, p. 284 ; I. Samkalden, note, *S.E.W.*, 1963, p. 300 ; A. Gleiss et M. Hirsch, « EWG-Kartellrecht und Zuständigkeit nationaler Behörden », *BB*, 1962, pp. 623 à 625 ; W. Schlieder, note, *A.W.D.*, 1963, p. 87 ; Chr. Kooij, *E.E.G. kartelrecht in ontwikkeling*, Calvinistische Juristenvereniging, mai 1963, p. 10 ; Wohlfarth-Everling-Glaesner-Sprung, *op. cit.*, art. 88, note 2 ; Braun-Gleiss-Hirsch, *op. cit.*, n° 421.

(922) Cité *supra*, n° 8.

(923) Cité *supra*, n° 7.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

rités des États membres » englobe les juridictions nationales » (924). Étant donné que la question posée se rapportait à un litige entre personnes privées, dans lequel le problème de l'application de l'article 85, paragraphe 2, était soulevé à titre incident, il semble exclu que la Cour ait entendu viser les juridictions nationales uniquement dans la mesure où elles appliquent les articles 85 et 86 à titre principal.

Vu l'absence totale de motivation, on peut se demander si la Cour a vraiment entendu prendre parti dans la controverse, sur laquelle elle n'avait d'ailleurs pas été appelée à se prononcer. Peut-être a-t-elle simplement entendu souligner la compétence des tribunaux pour appliquer les règles de concurrence du traité (925), compétence qui résulte déjà de l'applicabilité directe de ces règles, et n'a-t-elle pas voulu les assimiler à tous égards aux autorités visées par l'article 9 du règlement n° 17. Dans un arrêt du 9 avril 1970, sur lequel nous reviendrons (926), le Bundesgerichtshof a abouti à la conclusion que, nonobstant l'arrêt *Bilger*, seul le Bundeskartellamt, et non les tribunaux allemands statuant sur des litiges entre particuliers, est une autorité au sens de l'article 9 précité (927).

Il semble dès lors excessif d'affirmer que l'arrêt *Bilger* « ne permet plus aucun doute » quant au point de savoir si les « autorités des États membres » comprennent les juridictions de l'ordre judiciaire (928) ; dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 24 décembre 1970, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, 1971, I, 392 et suiv., M. le procureur général Ganshof van der Meersch est beaucoup moins catégorique quant à la portée de l'arrêt *Bilger*.

Compte tenu des hésitations que laisse subsister l'arrêt *Bilger*, nous croyons nécessaire d'envisager séparément, dans l'exposé qui va suivre, l'hypothèse où les tribunaux ne sont pas des « autorités » au sens de l'article 9, et celle où ils le sont.

§ 3 COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX STATUANT À TITRE INCIDENT AU CAS OÙ ILS NE SONT PAS DES AUTORITÉS NATIONALES

85. Dans les cas où les tribunaux appliquent les art. 85 et 86 à titre incident (arrêt 30.1.74, aff. 127-73, BRT-SABAM-FONIOR, Rec. 74, 51, CDE 75,

(924) *Recueil*, t. XVI, pp. 127, 137.
(925) En ce sens : note Hanns Ullrich, *GRUR-AIT*, 1970, pp. 383, 385.
(926) *Infra*, n° 96.
(927) *A.W.D.*, 1970, p. 416 ; *R.T.D.E.*, 1971, p. 196, note K. Markert.
(928) Voy. en ce sens : E. Cerexhe et C. Andries, « La collaboration entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques nationaux dans le secteur de la concurrence », *Rapport belge présenté à la Commission II du Ve Congrès international de droit européen*, Berlin, 1970, p. 17.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

64, note L. Defalque), leur compétence résulte de la nature directement applicable de ces dispositions (arrêts *Bosch* et *Sabam*). Toutefois, cette compétence de principe connaît deux limitations.

a) Le sursis à statuer facultatif

86. La première limitation résulte de la compétence concurrente de la Commission pour appliquer l'article 85, paragraphe 1er, et l'article 86. Souvent, l'accord ou la pratique que le tribunal doit apprécier à la lumière des règles communautaires fait l'objet, au même moment, d'un examen de la part de la Commission. Celle-ci peut avoir été saisie, soit par une demande d'attestation négative, soit par une plainte ; elle peut s'être saisie d'office. Dans ces cas, quoiqu'il n'y soit pas juridiquement tenu, le juge fera preuve de sagesse en sursoyant à statuer jusqu'à ce que la Commission se soit prononcée. Grâce à sa connaissance de la situation d'ensemble du secteur économique en cause, à l'étendue de ses pouvoirs d'investigation et de vérification, à ses connaissances techniques et économiques, la Commission sera généralement mieux outillée pour réunir les faits et pour les apprécier (929). Le juge pourra passer outre s'il est manifeste que l'accord n'est pas interdit par l'article 85, paragraphe 1er, ou par l'article 86, de telle sorte que la décision de surseoir ne serait pas justifiée (930) ; plutôt que de surseoir, il pourra aussi saisir la Cour de Justice d'une question d'interprétation si le problème à résoudre soulève des difficultés d'ordre juridique (931). Mis à part ces éventualités, le juge aura normalement avantage à surseoir à statuer en l'attente de la décision de la Commission (arrêt Braun-H. II).

Dans l'arrêt Br. H. II, la Cour a même admis que les tribunaux nationaux avaient le pouvoir d'interdire un accord *notifié* à la Commission, lorsque l'incompatibilité de l'accord avec l'art. 85 ne fait aucun doute. Pareille solution nous paraît devoir appeler des réserves, car elle entraîne un risque de contradiction de décisions et porte atteinte au pouvoir de la Commission d'accorder une exemption avec effet rétroactif (voy. pourtant H. Ullrich).

(929) Voy. Braun-Gleiss-Hirsch, *op. cit.*, nº 421 *in fine* ; conclusions de M. l'avocat général Dumon sous Cass. belge, 8 juin 1967, *J.T.*, pp. 464 et 465.

(930) Conclusions de M. l'avocat général Dumon, *ibid.*

(931) M. Waelbroeck, « Compétences respectives des juridictions nationales et des institutions communautaires pour l'application de l'article 85 du traité instituant la C.E.E. », *Rev. crit. jur. belge*, 1968, pp. 15, 24 et 25.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

b) Le sursis à statuer obligatoire

87. Lorsqu'un accord a été notifié à la Commission, ou lorsqu'il est dispensé de notification, on ne saurait admettre que le juge le considère nul de plein droit en vertu de l'article 85, paragraphe 2, alors que la Commission pourrait décider de l'exempter avec effet rétroactif. Conformément au principe, souligné par la Cour dans l'arrêt *Bosch*, de l'indivisibilité des paragraphes 1er et 3 de l'article 85, la nullité prévue par l'article 85, paragraphe 2, ne joue que lorsqu'une exemption pour la période en cause ne peut pas être envisagée. Normalement, le juge devrait, ici aussi, surseoir à statuer jusqu'à ce que la Commission ait statué sur la demande d'exemption. Tout au plus pourrait-il ordonner des mesures provisoires à la demande de la partie poursuivant l'exécution de l'accord, étant entendu que ces mesures ne préjudicieraient pas la décision définitive de la Commission.

La Commission attendant souvent de nombreuses années avant de se prononcer sur les demandes d'exemption, cette solution est apparue insuffisante aux yeux de la Cour. Celle-ci a élaboré une construction originale en vue de tenter de pallier les inconvénients résultant de la lenteur de la procédure devant la Commission : il s'agit de la « validité provisoire », dont elle a fait bénéficier les ententes notifiées et les ententes dispensées de notification.

c) La validité provisoire : la jurisprudence de la Cour

1 L'arrêt Bosch

88. La notion de « validité provisoire » est apparue pour la première fois dans les motifs de l'arrêt *Bosch* (932). La Cour y déclara :

> « qu'en ce qui concerne les accords et décisions existant lors de l'entrée en vigueur de ce règlement (règlement n° 17), la nullité de plein droit ne joue pas à leur égard du seul fait qu'ils tomberaient sous le coup de l'article 85, alinéa 1 ;
>
> « que ces accords et décisions doivent être considérés comme valables lorsqu'ils tombent sous l'article 5, alinéa 2, dudit règlement ; qu'ils doivent être considérés comme provisoirement valables lorsque, tout en ne relevant pas de cette disposition, ils sont notifiés à la Commission conformément à l'article 5, alinéa 1, dudit règlement ;
>
> « que cette validité n'a pas un caractère définitif, puisque la nullité de plein droit édictée à l'article 85, alinéa 2, joue lorsque les autorités des États membres exercent la compétence que leur attribue l'article 88 du traité et

(932) Cité *supra*, n° 8, *Recueil*, t. VIII, pp. 89 et suiv., spécialement pp. 105 et 106.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

que leur conserve l'article 9 dudit règlement pour appliquer l'article 85, alinéa 1, et pour déclarer interdits certains accords et décisions ;

« qu'en outre, le refus de la Commission de prendre une décision au sens de l'article 85, alinéa 3, à l'égard d'accords et de décisions tombant sous le coup de cet article entraîne leur nullité à compter de l'entrée en vigueur dudit règlement ».

Dans le dispositif, on ne trouve plus aucune allusion à la « validité provisoire ». Le point 2° se borne à dire pour droit :

« Les autres accords et décisions qui tombent sous l'interdiction de l'article 85, alinéa 1, et qui existent lors de l'entrée en vigueur du premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité ne doivent être considérés comme nuls de plein droit, s'ils ont été notifiés en temps utile conformément à l'article 5 de ce règlement, que pour autant que la Commission décide qu'ils ne sont susceptibles ni d'une décision prévue à l'article 85, alinéa 3, ni d'une application de l'article 7, alinéa 1, du règlement, ou bien encore que les autorités des États membres décident d'exercer les pouvoirs que leur attribue l'article 88 du traité, conjointement avec l'article 9 dudit règlement ».

89. On s'est longtemps demandé quelle portée il y avait lieu de reconnaître à la notion de validité provisoire.

En Allemagne, la majorité de la doctrine, suivie par la jurisprudence, entendait ces mots dans leur sens littéral : l'accord qui en bénéficie doit être considéré, provisoirement, comme pleinement valable par les tribunaux nationaux. En conséquence :

— il est obligatoire pour les parties ; tout manquement peut être sanctionné par l'action en exécution ou en dommages-intérêts ;

— il est opposable aux tiers qui inciteraient une des parties à violer ses obligations ou qui tireraient profit de cette violation ; l'action en cessation et l'action en dommages-intérêts peuvent être intentées contre ces tiers, dans les conditions prévues par le droit de la concurrence déloyale ;

— l'exécution donnée à l'accord ne constitue pas une faute aquilienne ; le dommage éventuel que les tiers viendraient à subir du fait de l'exécution de l'accord ne peut faire l'objet d'une action en réparation fondée sur la responsabilité quasi-délictuelle (933).

(933) Voy. Bundesgerichtshof, 14 juin 1963, *Juristenzeitung*, 1964, p. 219, note E. Steindorff ; voy. aussi, au sujet de l'interprétation « littérale » : W. Van Gerven, *op. cit.*, n° 124 ; M. Waelbroeck, « La validité provisoire des ententes notifiées et des ententes non sujettes à notification », *Europees kartelrecht*, Louvain, 1969, pp. 121 et suiv., spécialement pp. 123 à 125.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

L'interprétation littérale fut suivie par certaines décisions néerlandaises (934), tandis que la majorité de la doctrine adoptait une attitude plus nuancée (935).

En Belgique, la Cour de cassation donna à la validité provisoire des conventions notifiées une interprétation restrictive, selon laquelle cette notion « n'implique pas que les juridictions ont l'obligation d'attribuer à ces conventions les mêmes effets qu'aux conventions reconnues valables » (936). Dès lors, saisi d'une action tendant à l'exécution forcée d'une entente notifiée, le tribunal doit surseoir à statuer jusqu'à ce que la Commission se soit prononcée.

En France, la jurisprudence aboutissait à un résultat similaire par l'application de l'article 9, paragraphe 3, du règlement n° 17, en vertu duquel les « autorités des États membres » ne sont plus compétentes pour appliquer l'article 85, paragraphe 1er, une fois que la Commission a engagé la procédure (937).

Tant en France qu'en Belgique, les auteurs et les tribunaux reconnaissaient cependant la nécessité d'accorder une certaine protection aux accords notifiés ou dispensés de notification, au moyen de mesures provisoires, ne portant pas préjudice au fond (938). Ces mesures provisoires devaient avoir pour objet d'éviter que la partie qui tente d'imposer le respect d'un accord ne se trouve dénuée de toute protection pendant la durée de la procédure devant la Commission, ce qui aurait pu entraîner pour elle un dommage irréparable, qu'une décision ultérieure de la Commission aurait été impuissante à réparer. Ainsi, tout un système de distribution peut être démantelé si, des années durant, la violation des obligations qu'il prévoit demeure sans sanction.

2 Les arrêts Portelange, Bilger et Rochas

90. Dans trois arrêts récents, la Cour s'est efforcée de préciser la portée de la notion de validité provisoire. Toutefois, ces arrêts laissent subsister plusieurs problèmes et en soulèvent même de nouveaux.

---

(934) Kantonrechter Amsterdam, 9 mai 1963, *N.J.*, 1963, n° 423 ; *id.*, 28 juin 1962, *ibid.*, 1963, n° 34 ; Appel Amsterdam, 25 juin 1962, *ibid.*, 1963, n° 218.

(935) Voy. les références citées *in* M. Waelbroeck, « La validité provisoire », *cit.*, p. 125, note 13.

(936) Cass. belge, 8 juin 1967, *J.T.*, 1967, p. 458, concl. de M. l'avocat général Dumon ; *Cah. dr. eur.*, 1968, p. 436, note P. Foriers et L. Simont ; *Rev. crit. jur. belge*, 1968, p. 5, note M. Waelbroeck ; voy. aussi Bruxelles, 9 décembre 1968, *J.T.*, 1969, p. 567, note G. Bricmont.

(937) Voy. notamment Paris, 26 janvier 1963, *J.T.*, 1963, p. 169, note A. Braun ; *Dall.*, 1963, p. 189, note J. Robert ; *J.C.P.*, 1963, II, 13.103 ; *Clunet*, 1963, p. 728, note B. Goldman ; voy. aussi Comm. Seine, 23 mars 1965, *Rev. int. conc.*, 1965, n° 89, p. 44.

(938) Voy. notamment M. Waelbroeck, « La validité provisoire », *cit.*, pp. 131 à 133 ; G. Vandersanden, « La validité provisoire des ententes », *R.M.C.*, 1969, p. 473, spécialement pp. 479 à 483.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

L'arrêt *Portelange*, du 9 juillet 1969 (939), se prononce sur le sort des accords *notifiés* en vertu du règlement n° 17. Ces accords « reçoivent leur plein effet aussi longtemps que la Commission n'a pas statué en vertu de l'article 85, paragraphe 3, et des dispositions dudit règlement » (940).

L'arrêt *Bilger*, du 18 mars 1970 (941), accueille apparemment la même solution quant aux accords *dispensés de notification* : « Un accord dispensé de notification et n'ayant pas été notifié sort (*sic*) son plein effet aussi longtemps que sa nullité n'a pas été constatée » (942).

Sur *Portelange* et *Bilger*, cf. Frignani : ha inteza di fronte alla C.G. : Sempre più diluito il concetto di nullità.

Enfin, l'arrêt *Rochas*, du 30 juin 1970 (943), précise que « les accords visés à l'article 85, paragraphe 1er, du traité, conclus après l'entrée en vigueur du règlement n° 17/62, qui sont la reproduction exacte d'un contrat type conclu antérieurement et régulièrement notifié à ce titre, bénéficient du même régime de validité provisoire que celui-ci » (944).

La Cour a ainsi pris nettement position en faveur de l'interprétation littérale de la notion de validité provisoire telle qu'elle avait été accueillie notamment par la jurisprudence et la doctrine allemandes (945). Les accords provisoirement valables doivent être considérés comme pleinement valables : ils sont obligatoires pour les parties ; ils peuvent être opposés aux tiers dans les conditions prévues par la législation nationale ; leur exécution ne constitue pas un acte illicite engageant la responsabilité aquilienne des parties.

Certains estiment que la jurisprudence de la Cour permet de distinguer entre la validité des accords en droit privé et leur licéité selon le droit public de la Communauté ; on pourrait considérer que, nonobstant leur validité provisoire, ils demeurent soumis à l'interdiction de droit public de l'article 85, paragraphe 1er (946). Il en résulterait que les parties à un accord provisoirement valable ne pourraient opposer celui-ci aux tiers qui le méconnaissent (947). Cette thèse paraît difficilement conciliable avec les termes dont s'est servie la Cour. On observera en outre que, dans le litige ayant donné lieu à l'arrêt *Rochas*, une partie à un accord opposait celui-ci à un tiers. Si la Cour avait entendu limiter l'appli-

(939) Aff. n° 10/69, *Portelange c. Smith Corona Marchant International*, *Recueil*, t. XV, p. 309.

(940) *Recueil*, t. XV, p. 318.

(941) Cité *supra*, n° 7.

(942) *Recueil*, t. XVI, pp. 127, 139.

(943) Cité, *supra*, n° 35.

(944) *Recueil*, t. XVI, pp. 515, 526.

(945) G. Vandersanden, *op. cit.*, *R.M.C.*, pp. 473, 475.

(946) Kl.O. Nass, « Probleme des europäischen Kartellverfahrens », *EuR*, 1970, pp. 100, 104 à 109.

(947) *Id.*, *ibid.*, p. 118.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

cation de la validité « provisoire de la manière proposée, elle l'aurait dit expressément.

d) La validité provisoire : questions demeurées en suspens

1 Le sort des accords nouveaux notifiés

91. Plusieurs questions ne sont résolues ni explicitement ni implicitement par les arrêts précités.

Ainsi, la Cour ne s'est pas prononcée sur le sort des accords nouveaux, soumis à notification et notifiés. L'accord ayant donné lieu à l'arrêt *Portelange* était un accord ancien, de telle sorte qu'on peut estimer que la portée de l'arrêt doit être limitée à ces accords. Certes, tant la question posée par le tribunal national que les motifs et le dispositif de l'arrêt de la Cour se réfèrent, de manière générale, aux « accords notifiés », sans préciser qu'il s'agit seulement des accords anciens. Cependant, l'arrêt *Bilger*, tout en spécifiant qu'il vise les contrats, anciens et nouveaux, qui sont dispensés de notification, ajoute que ces contrats produisent « au moins le même effet que les accords notifiés, conclus antérieurement au 13 mars 1962 » (948) ; cette précision paraît dénoter le souci de limiter la portée de l'arrêt *Portelange* aux seuls accords antérieurs à cette date. De même l'arrêt *Rochas*, en précisant que la validité provisoire s'attache aux accords nouveaux qui sont la reproduction exacte d'un contrat type *ancien* qui a été notifié dans les formes et délais prescrits à l'article 5 du règlement n° 17, paraît, lui aussi, accorder une importance déterminante au fait que l'accord bénéficiant de la validité provisoire a été conclu avant le 13 mars 1962.

Plusieurs arguments militent en faveur d'une limitation de la validité provisoire aux accords anciens : le fait que ces accords n'étaient pas soumis aux règles du traité et du règlement au moment de leur conclusion, de sorte que la nécessité d'un régime de transition s'impose ; la possibilité donnée par l'article 7 du règlement d'effacer, en ce qui les concerne, les conséquences du « mauvais passé » s'ils sont modifiés après l'entrée en vigueur du règlement ; le fait que la jurisprudence de la Commission et de la Cour quant à l'application de l'article 85, paragraphes 1er et 3, se précise chaque jour davantage, de sorte qu'il n'est pas possible de faire preuve de la même clémence à l'égard des accords conclus aujourd'hui qu'à l'égard de ceux qui remontent à une époque plus reculée (949).

(948) *Recueil*, t. XVI, p. 137.

(949) Voy. en faveur de la limitation de la validité provisoire aux accords anciens : W. Van Gerven, « Heeft het begrip « voorlopige geldigheid » door het Portelange-arrest definitief afgedaan ? », *S.E.W.*, 1970, p. 7 ; voy. aussi Kl.O. Nass, article cité, *EuR*, pp. 100, 108.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

2 Le sort des clauses certainement incompatibles avec l'article 85

92. Une autre question non résolue concerne le point de savoir si la validité provisoire s'attache même aux clauses pour lesquelles il est possible de prédire, avec un degré suffisant de certitude, qu'elles tombent sous le coup de l'article 85, paragraphe 1er, et ne peuvent bénéficier d'une exemption au titre du paragraphe 3. Dans ses observations dans l'affaire *Rochas*, la Commission a fait valoir que le contrat en cause contenait une interdiction d'exportation, clause tombant en tout cas sous l'article 85 et n'étant qu'exceptionnellement susceptible d'être relevée de cette interdiction. Pareille clause ne devrait dès lors pas bénéficier de la validité provisoire au sens où l'entend la Cour (950). L'arrêt ne prend pas clairement position sur cette question ; il se contente de constater que la clause en question était imposée à des détaillants à qui il était déjà interdit de vendre à d'autres qu'à des consommateurs directs, et en conclut « qu'une clause d'interdiction d'exportation *ayant cette portée* n'est pas de nature à affecter le plein effet de la validité provisoire d'un accord considéré comme régulièrement notifié (951).

Il n'est donc pas exclu que la Cour refuse le bénéfice de la validité provisoire à une clause d'interdiction d'exportation imposée au stade tant du commerce de gros que du commerce de détail. La notification d'un accord contenant une telle clause pourrait en effet être assimilée à un abus de droit. Toutefois, pareille position, qui serait raisonnable, irait à l'encontre de l'objectif de sécurité juridique auquel répond la théorie de la validité provisoire et en compliquerait singulièrement l'application.

3 Durée de la validité provisoire

93. La question de savoir jusqu'à quand dure la validité provisoire n'est pas entièrement claire. Dans l'arrêt *Portelange*, il est dit que « si la Commission estime que l'exécution d'un accord notifié porte atteinte aux règles de concurrence, il lui revient d'adopter, dans les délais appropriés, une décision en vertu soit de l'article 85, paragraphe 3, du traité, soit de l'article 15, paragraphe 6, du règlement nº 17 ». Dès lors qu'il a été fait application de cette dernière disposition, « les intéressés se trouvent avertis de ce que la Commission estime, d'une part, que les conditions d'application du paragraphe 1er sont remplies et, d'autre part, qu'une application de l'article 85, paragraphe 3 n'est pas justifiée ». C'est donc « à leurs propres risques que les intéressés poursuivraient, à partir de ce moment, l'exécution de leur accord » (952). Mais la Cour ne précise pas si la validité provisoire cesse à partir de ce moment, ou si une partie doit,

(950) *Recueil*, t. XVI, pp. 519 et 520.
(951) *Recueil*, t. XVI, p. 524 ; c'est nous qui soulignons.
(952) *Recueil*, t. XV, pp. 309, 317.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

pour se soustraire aux amendes que la Commission pourrait lui infliger, soit obtenir de ses cocontractants qu'ils consentent à ce que l'accord soit résilié ou modifié, soit, à défaut, cesser d'exécuter celui-ci en engageant sa responsabilité contractuelle envers eux. La même ambiguïté se retrouve dans l'arrêt *Rochas* (953).

94. L'interprétation la plus raisonnable est de considérer que le recours par la Commission à l'article 15, paragraphe 6, du règlement n° 17, met fin à la validité provisoire. Il en est d'autant plus ainsi que, selon l'arrêt *Cimenteries CBR* (954), l'application de cette disposition suppose une décision formelle de la Commission (955). Toutefois, aussi longtemps que la Cour ne se sera pas prononcée plus clairement, on ne peut considérer la réponse comme certaine.

4 Caractère non-rétroactif de la nullité de plein droit

95. L'incertitude règne aussi quant au caractère rétroactif ou non qu'il faut reconnaître à la constatation qu'un accord est frappé par l'article 85, paragraphe 1er, et ne peut être exempté en vertu du paragraphe 3. L'arrêt *Portelange* souligne que, pour savoir si un accord est interdit, il faut une « constatation explicite que l'espèce, considérée dans son individualité, réunit non seulement les éléments énoncés par le paragraphe 1er de l'article susdit, mais encore ne justifie pas la dérogation prévue par le paragraphe 3 » (956). Il ajoute « qu'aussi longtemps qu'une telle constatation n'est pas intervenue, tout accord dûment notifié doit être considéré comme valable » et qu'« il serait contraire au principe de la sécurité juridique de tirer du caractère non définitif de la validité des accords notifiés qu'aussi longtemps que la Commission n'aura pas statué à leur égard en vertu de l'article 85, paragraphe 3, du traité, leur efficacité ne serait pas entière ».

Certains en ont déduit que la Cour a entendu dénier tout effet rétroactif à la décision de la Commission refusant le bénéfice de l'exemption (957). Toutefois, cette conclusion, en opposition tant avec la jurisprudence antérieure de la Cour (958), qu'avec le caractère rétroactif que comporte normalement la notion de nullité conformément aux principes

(953) *Recueil*, t. XVI, p. 524.
(954) Cité *supra*, n° 39.
(955) Voy. dans notre sens : W. Van Gerven, article cité, *S.E.W.*, 1970, p. 15.
(956) *Recueil*, t. XV, p. 316.
(957) P. Ulmer, note sous l'arrêt *Portelange*, *EuR*, 1969, pp. 344, 346.
(958) Voy. l'arrêt *Bosch*, *Recueil*, t. VIII, p. 106.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

généraux du droit, n'était généralement admise ni par les commentateurs (959) ni par la Commission elle-même (960).

La question se pose sous un jour nouveau depuis l'arrêt *Bilger*. Celui-ci déclare notamment :

> « attendu que, s'agissant de préciser la période pour laquelle les juridictions nationales peuvent admettre cette nullité, les articles 88 du traité et 9, paragraphe 3, du règlement n° 17 sont muets à cet égard ;
>
> « que, cependant, on ne saurait considérer que des accords, conclus avant ou après le 13 mars 1962 et qui sont, par le règlement n° 17 même, dispensés de notification, puissent être, avec rétroactivité, frappés de nullité s'ils devaient être ultérieurement reconnus passibles des paragraphes 1 et 2 de l'article 85 » (961).

La Cour a ainsi clairement entendu exclure la rétroactivité de la constatation, par une juridiction nationale, de la nullité d'un accord dispensé de notification. Deux questions subsistent cependant : la rétroactivité est-elle pareillement exclue lorsque la *Commission* constate qu'un accord est frappé par l'interdiction et ne peut bénéficier d'une exemption ? La non rétroactivité est-elle réservée aux accords dispensés de notification ou s'étend-elle aux accords notifiés ?

Selon P. Ulmer, l'arrêt *Bilger* ne fait que confirmer la solution qui se dégageait déjà, implicitement, de l'arrêt *Portelange*. L'exclusion de la rétroactivité joue tant en faveur des accords notifiés que des accords dispensés de notification, et ce quelle que soit l'autorité qui prononce l'interdiction (962).

W. Van Gerven, tout en reconnaissant que cette interprétation est la plus compatible avec les termes de l'arrêt, observe qu'elle implique une telle contradiction avec le système des règles communautaires de concurrence, dont l'applicabilité directe est reconnue par la Cour elle-même, et avec les dispositions formelles de plusieurs articles du règlement n° 17 (963), qu'il n'est pas possible d'admettre qu'elle ait été voulue par la Cour. Pour lui, la non rétroactivité doit être limitée au cas où une autorité nationale prononce la nullité d'un accord dispensé de notification (964).

---

(959) W. Van Gerven, *op. cit.*, p. 18 ; G. Vandersanden, *op. cit.*, p. 476 ; Kl.O. Nass, *op. cit.*, p. 108 ; K. Spormann, *A.W.D.*, 1970, p. 156.

(960) Réponse aux questions écrites n° 45/70 de M. Vredeling, *J.O.C.E.*, n° C 86, 10 juillet 1970 et n° 4/71 de M. Springorum, *J.O.C.E.*, n° C 57, 8 juin 1971.

(961) *Recueil*, t. XVI, pp. 127, 137.

(962) « Europäisches Kartellrecht auf neuen Wegen ? », *A.W.D.*, 1970, 193.

(963) Voy. à ce sujet *infra*, n° 97.

(964) « Over voorlopige of definitieve geldigheid en over nietigheid met of zonder terugwerkende kracht van kartelafspraken », *S.E.W.*, 1970, pp. 351, 357, 360 et 361.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Cette position paraît partagée par la Commission (965). Certes, elle permet de réduire dans une certaine mesure l'incompatibilité entre le système créé par la Cour de Justice et les dispositions du droit communautaire écrit. Toutefois, on voit mal que les effets de la nullité puissent être différents, d'une part, selon qu'il s'agit d'accords notifiés ou d'accords dispensés de notification, et d'autre part, selon qu'ils résultent d'une décision de la Commission ou d'une autorité nationale. Les termes par lesquels la Cour a exclu la rétroactivité de la nullité des accords dispensés de notification sont généraux ; ils ne se limitent pas au cas où cette nullité est prononcée par une juridiction nationale. Dès lors, il nous semble conforme à l'intention de la Cour de considérer qu'en ce qui concerne tant les accords notifiés que les accords dispensés de notification, une éventuelle décision de la Commission ou d'une autorité nationale constatant l'interdiction et refusant d'accorder le bénéfice d'une exemption n'aura d'effet que pour l'avenir. Il reste, néanmoins, que cette interprétation se concilie difficilement avec le système du règlement n° 17.

5 Autorité compétente pour mettre fin à la validité provisoire

96. La dernière question que posent les récents arrêts de la Cour concerne l'autorité compétente pour mettre fin à la validité provisoire. L'arrêt *Portelange* paraît considérer qu'il s'agit d'une tâche réservée à la Commission, laquelle peut s'en acquitter soit en refusant d'accorder l'exemption, soit (966) en faisant usage des pouvoirs que lui reconnaît l'article 15, paragraphe 6, du règlement n° 17. L'arrêt *Bilger* ne fait pas allusion aux compétences de la Commission ; il affirme que l'accord sortit son plein effet « aussi longtemps que sa nullité n'a pas été constatée », sans préciser par qui cette nullité peut être constatée.

Du fait que le même arrêt englobe les tribunaux parmi les « autorités des États membres » compétentes pour appliquer l'article 85, paragraphe 1er, conformément à l'article 9, paragraphe 3, du règlement n° 17 (967), on pourrait être amené à conclure que le tribunal devant lequel la validité d'un accord dispensé de notification est mise en cause à titre incident peut, lui-même, mettre fin à la validité provisoire, en appliquant l'article 85, paragraphes 1er et 2, aussi longtemps que la Commission n'a engagé aucune procédure. Par identité de motifs, il faudrait reconnaître à ce tribunal le pouvoir de mettre fin à la validité provisoire d'un accord notifié, s'il est constant que la Commission n'a pas encore engagé la procédure.

(965) Réponses aux questions écrites n° 45/70 de M. Vredeling et n° 4/71 de M. Springorum, citées *supra*.

(966) Sous réserve des doutes manifestés *supra*, n° 93 et 94.

(967) Voy. *supra*, n° 84.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La Cour aurait ainsi fait sienne la thèse proposée en 1964 par Steindorff, selon laquelle les tribunaux, étant des « autorités », peuvent mettre fin, sans rétroactivité, à la validité provisoire des ententes qu'ils estiment ne pas réunir les conditions de l'exemption, aussi longtemps que la procédure n'a pas été engagée par la Commission (968).

Le *Bundesgerichtshof* a cependant rejeté cette interprétation de l'arrêt *Bilger* par son arrêt déjà cité du 9 avril 1970 (969). Pressé par le *Bundeskartellamt* de constater la nullité *ex nunc* d'une clause d'exclusivité d'approvisionnement dispensée de notification par le règlement n° 17, la juridiction suprême constate que, selon le droit allemand de la concurrence, la compétence de mettre fin aux effets d'un contrat est attribuée au *Bundeskartellamt*, les tribunaux judiciaires ne pouvant que contrôler la légalité des actes de cette autorité. Dès lors, nonobstant l'arrêt *Bilger*, il apparaît que les tribunaux allemands se refuseront à mettre fin à la validité provisoire, alors même que la Commission n'aurait engagé aucune procédure. Comme l'a fait remarquer R. Knöpfle, le *Bundesgerichtshof* considère que l'acte par lequel un tribunal national « constate la nullité » d'un accord dispensé de notification est nécessairement un acte constitutif, de telle sorte que les tribunaux civils seraient sans compétence pour le prendre. Or, ceci ne résulte nullement de l'arrêt *Bilger* ; celui-ci peut tout aussi bien être interprété comme signifiant que les tribunaux nationaux ont compétence pour constater qu'un accord tombe sous le coup de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1er, ce qui entraîne, aux termes du paragraphe 2 du même article, la nullité de plein droit de cet accord à partir de la date de la constatation. La décision du tribunal national serait, dans cette interprétation, purement déclarative (970).

Il aurait été préférable que la Cour de Justice fût appelée à se prononcer sur la portée — constitutive ou déclarative — qu'elle entendait reconnaître à la constatation par une juridiction nationale de la nullité d'un accord (971).

e) Validité provisoire : critique de la jurisprudence de la Cour

97. La jurisprudence de la Cour concernant la validité provisoire a fait l'objet de critiques justifiées.

On a fait valoir qu'elle était contraire aux textes, puisqu'elle aboutissait à transformer l'article 85 en une disposition qui autorise pleinement les accords qui peuvent affecter le commerce interétatique et porter

(968) E. Steindorff, *Rechtsschutz und Verfahren im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, p. 105 et suiv.

(969) Voy. *supra*, n° 84.

(970) R. Knöpfle, « Zur Feststellung der Nichtigkeit von Kartellvereinbarungen durch nationale Gerichte », *W.u.W.*, 1971, pp. 81, 87 et 88.

(971) R. Knöpfle, *article cité*, p. 88.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

atteinte au jeu de la concurrence, sous réserve d'une *éventuelle décision de la Commission de ne pas appliquer l'article 85, paragraphe 3* (972). Toute la philosophie du droit communautaire de la concurrence s'en trouve bouleversée (973).

Cette jurisprudence est contredite par les travaux préparatoires du règlement n° 17 : la proposition de la Commission transmise au Conseil en octobre 1960 prévoyait que les accords notifiés seraient, provisoirement valables à condition que la Commission ne fasse pas opposition dans un délai de six mois à compter de la demande. Or, ce. système a été modifié lors des délibérations du Conseil ; celui-ci confirma le principe de l'interdiction des accords contraires à l'article 85 sans qu'aucune décision préalable ne soit nécessaire et supprima le système de la validité provisoire, incompatible avec l'effet automatique de l'interdiction (974).

Haecht II : Markert (p. 103) : valid. provis. s'applique aux « anciennes nouvelles ententes ». Contra Id. Thiesing (p. 716) mais admet applic. *Portelange* aux ententes anciennes (712).

L'interprétation de la Cour est contraire à l'économie générale du règlement n° 17, notamment au pouvoir reconnu à la Commission de fixer la date à laquelle prend cours une exemption.

En outre, dans la mesure où elle paraît exclure la rétroactivité des décisions de la Commission refusant d'appliquer l'article 85, paragraphe 3, à un accord notifié, elle enlève toute portée au pouvoir de la Commission d'effacer le mauvais passé lorsque les parties modifient ou mettent fin à leur accord.

Elle est en contradiction avec la limitation de l'opposabilité des décisions effaçant le mauvais passé aux seules entreprises ayant donné leur accord exprès à la notification (975).

Elle aboutit enfin à centraliser de manière excessive l'application des règles communautaires de concurrence auprès de la Commission, les parties lésées n'ayant plus qu'exceptionnellement l'occasion de faire valoir leurs griefs devant les tribunaux nationaux (976).

Vu la lenteur avec laquelle la Commission instruit les affaires qui lui sont soumises, pareille centralisation aboutit à priver les victimes de tout recours effectif.

---

(972) R. Knöpfle, article cité, *W.u.W.*, 1971, pp. 81, 82.

(973) G. Vandersanden, *op. cit.*, *R.M.C.*, 1969, p. 475.

(974) M. Waelbroeck, « Le problème de la validité des ententes économiques dans le droit privé du Marché commun », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, pp. 415, 439.

(975) P. Ulmer, *op. cit.*, *A.W.D.*, 1970, pp. 194 et 195 ; voy. aussi *supra*, n° 40.

(976) G. Vandersanden, *op. cit.*, *R.M.C.*, 1969, p. 478 ; E. Steindorff, « Volle Wirksamkeit angemeldeter Wettbewerbsbeschränkungen in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Eine europäische Sackgasse », *BB*, 1969, p. 980.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Certes, les considérations de sécurité juridique sur lesquelles la Cour s'est fondée ne doivent pas être négligées. On peut douter, toutefois, qu'elles autorisent une construction jurisprudentielle aussi éloignée des textes. Le principe de la sécurité juridique peut être utilisé lorsqu'il s'agit de dégager le sens et la portée de dispositions qui se prêtent à des interprétations divergentes. Il ne permet pas de remplacer un système choisi en pleine connaissance de cause par le législateur par un système différent, sous prétexte que ce dernier est de nature à engendrer une plus grande sécurité.

La jurisprudence de la Cour tient compte uniquement de la nécessité d'assurer la sécurité juridique des parties qui désirent poursuivre l'exécution de l'entente. Elle ne prend en considération ni l'intérêt de la partie qui souhaite être libérée des liens d'un accord oppressif, ni celui des tiers à qui cet accord porte préjudice. On peut douter qu'en favorisant ainsi les partisans du *statu quo*, la Cour contribue à la mise en œuvre d'une politique de concurrence efficace.

Même si l'on admet la nécessité de protéger les accords notifiés aussi longtemps que la Commission n'a pas statué sur leur cas, le système du sursis à statuer, accompagné de l'octroi de mesures provisoires (977), aurait été suffisant, ainsi que l'a très bien montré Vandersanden par une étude approfondie de droit comparé (978). Il n'était donc pas nécessaire de substituer aux textes une construction prétorienne discutable et aux contours imprécis.

§ 4 COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX STATUANT À TITRE INCIDENT AU CAS OÙ ILS SONT DES AUTORITÉS NATIONALES

98. Au cas où, comme la Cour l'a laissé entendre dans l'arrêt *Bilger*, il faut considérer les tribunaux appliquant les articles 85 et 86 à titre incident comme des « autorités » au sens de l'article 9, paragraphe 3, leur compétence pour appliquer ces dispositions s'appréciera selon des règles différentes de celles qui viennent d'être décrites.

Cette compétence dépendra uniquement du point de savoir si, au moment où ils sont appelés à statuer, la Commission a déjà engagé une procédure (979). Le fait que la Commission soit saisie par une plainte, par une demande d'attestation négative, ou par une notification, est sans incidence à cet égard, la saisine de la Commission ne s'identifiant pas avec l'engagement de la procédure (980). Ainsi, le risque de contradiction entre les décisions des juridictions nationales et celles de la Commission

(977) Voy., *supra*, nº 86 et 87.
(978) G. Vandersanden, *op. cit.*, *R.M.C.*, 1969, pp. 479 à 483.
(979) Sur cette notion, voy. *supra*, nº 78.
(980) B. Goldman, *op. cit.*, nº 338.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

n'est pas éliminé, même si l'on admet qu'il est opportun que la juridiction nationale surseoie à statuer lorsque la Commission est saisie, mais n'a pas encore engagé la procédure (981). Ce risque sera encore accru si on admet, comme il semble résulter de l'arrêt *Bilger*, que le tribunal peut mettre fin à la validité provisoire des accords dispensés de notification, voire à celle des accords notifiés.

Il est possible de schématiser comme suit les diverses situations qui peuvent se présenter, et les solutions qu'elles sont appelées à recevoir si l'on considère que les tribunaux sont des « autorités » au sens de l'article 9 du règlement n° 17 :

a) l'accord n'a pas été notifié (et n'était pas dispensé de notification), et la Commission n'a pas engagé la procédure : le tribunal peut appliquer l'article 85, paragraphe 1er, sans restriction (982) ;

b) l'accord est dispensé de notification, et la Commission n'a pas encore engagé la procédure : le tribunal peut mettre fin à la validité provisoire, sans effet rétroactif, en appliquant l'article 85, paragraphe 1er, s'il estime que l'accord ne remplit pas les conditions de l'article 85, paragraphe 3 (983) ;

c) l'accord a été notifié, mais la Commission n'a pas encore engagé la procédure : la solution est incertaine. Si l'on estime que l'arrêt *Bilger* s'applique à cette situation, on appliquera la même solution que ci-dessus, sous (b) ;

d) l'accord n'a pas été notifié (et n'était pas dispensé de notification), mais la Commission a engagé la procédure : le tribunal doit surseoir à statuer jusqu'à la décision de la Commission (984) ;

e) l'accord a été notifié (ou était dispensé de notification), et la Commission a engagé la procédure : le tribunal doit considérer l'accord comme provisoirement valable (arrêts *Portelange* et *Bilger*) et ne peut pas mettre fin à la validité provisoire, puisqu'en vertu de l'article 9, paragraphe 3, du règlement n° 17, il n'est plus compétent pour appliquer l'article 85, paragraphe 1er.

Lorsque le tribunal est appelé à appliquer l'article 86, la situation est sensiblement plus simple :

a) aucune procédure n'a été engagée : le tribunal peut appliquer l'article 86, sans restriction ;

b) une procédure a été engagée : le tribunal doit surseoir à statuer.

(981) B. Goldman, *op. cit.*, n° 343.
(982) Arrêt *Bosch*, *supra*, n° 8 ; voy. aussi l'article 1er du règlement n° 17.
(983) Arrêt *Bilger*, *supra*, n° 96.
(984) Article 9, paragraphe 3, du règlement n° 17 ; *supra*, n° 77.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Lorsque la Commission s'est prononcée sur l'application de l'article 85, paragraphe 1er, ou de l'article 86, sa décision lie le tribunal national. Celui-ci pourra déduire les conséquences de droit civil qui découlent, le cas échéant, de la constatation de l'interdictionx (985).

* * *

(985) E. Steindorff, *op. cit.*, pp. 113 à 115 ; B. Goldman, *op. cit.*, nº 410.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'applicabilité directe des règles de concurrence communautaires
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

* * *

2. *Réseaux de vente à prix imposés*

Je me souviendrai toute ma vie de l'émerveillement que j'éprouvai lorsque, au cours de « Trade Regulation » enseigné par le professeur Walter Derenberg à l'Institut de droit comparé de la New York University en 1956-1957, je fus mis en contact pour la première fois avec le droit antitrust américain. Il n'existait rien de semblable en Belgique et il me paraissait presque miraculeux qu'on pût interdire des accords par lesquels des opérateurs privés restreignent la concurrence. Il faut dire qu'à l'époque, la production et la distribution en Europe, et notamment en Belgique, étaient fortement cartellisées, ce qui me paraissait regrettable.

Aussi est-ce avec enthousiasme que je découvris, à mon retour en Belgique en 1958, que le traité C.E.E. contenait des dispositions poursuivant le même objectif. Je suivis de près l'adoption du règlement n° 17 du Conseil ayant pour objet de mettre en œuvre ces dispositions.

Il fallait aussi combattre certaines théories qui avaient été avancées par d'éminents commercialistes dans le but de protéger et renforcer les réseaux de distribution cartellisés contre les attaques d'« outsiders ». Parmi celles-ci figuraient la théorie de l'opposabilité aux tiers des monopoles de vente ainsi que l'interprétation large de la notion de tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

« Les conditions de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle en droit belge et en droit comparé »,
Revue critique de jurisprudence belge,
1962, pp. 335-358.

NOTE.

1. Les circonstances de la cause. — Différentes sociétés anonymes exploitant des grands magasins, dont la société G.B.A., décidèrent en 1961 de constituer une société « Superbazars », en vue de l'exploitation d'une formule de magasins à rayons multiples qui, notamment par des investissements limités, l'abaissement des frais de présentation des marchandises et la réduction des services à la clientèle, devait permettre des prix de vente inférieurs aux prix généralement pratiqués dans le commerce de détail. Lors de la constitution de la société Superbazars, G.B.A. lui fit apport du bénéfice des contrats conclus ou en cours de conclusion à l'effet de réaliser le type d'exploitation que devait assurer Superbazars. En ce qui concerne certains de ces contrats, en particulier ceux portant sur les articles de parfumerie et de toilette, G.B.A. était soumise à une réglementation d'origine conventionnelle, dite « réglementation A.S.P.A. », qui l'obligeait, pour ces objets : *a*) à s'approvisionner exclusivement chez les fabricants ou concessionnaires, ou chez les grossistes reconnus par ceux-ci, aux conditions de la réglementation A.S.P.A. ; *b*) à vendre exclusivement aux *consommateurs*, en respectant la réglementation A.S.P.A. et notamment *les prix imposés*, sans ristourne ou rabais, directs ou indirects, sous quelque forme que ce soit.

Une fois constituée, la société Superbazars mit en vente les objets qui lui avaient été procurés par G.B.A., en accordant aux consommateurs une ristourne sous forme de bons d'achats représentant une valeur de 15 p. c. du prix de vente des articles.

2. L'action intentée devant le président du tribunal de commerce de Bruxelles par l'association sans but lucratif A.S.P.A., ainsi que par certains membres de celle-ci, concurrents de G.B.A. et de Superbazars, tendait notamment à faire ordonner la cessation des ventes par Superbazars des articles faisant l'objet de cette réglementation.

Si l'on peut admettre que *G.B.A.* avait commis une faute contractuelle à l'égard des demanderesses en apportant à Superbazars le bénéfice des contrats portant sur ces articles et en omettant de lui imposer le respect, lors des ventes du détail, des prix imposés, il n'existait cependant aucun lien contractuel entre les demanderesses et *Superbazars*, G.B.A. n'ayant pu évidemment céder à ce dernier que le bénéfice des contrats en cours, et non les obligations dont il était personnellement tenu. C'est donc

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

sur le fondement de la responsabilité délictuelle que se sont placées les demanderesses : elles prétendaient qu'en acquérant et en vendant les articles litigieux, Superbazars se rendait tiers complice de la faute contractuelle commise par G.B.A. et commettait un acte contraire aux usages honnêtes du commerce.

3. La question de savoir à quelles conditions le tiers, qui participe avec le débiteur d'une obligation conventionnelle à l'inexécution de celle-ci, peut être tenu pour responsable du préjudice envers le créancier, ne cesse pas de faire l'objet des préoccupations de la doctrine (986). Dans un arrêt du 24 novembre 1932 (987), la Cour de cassation a décidé que la seule connaissance d'une convention n'engage pas la responsabilité du tiers qui a participé avec le débiteur à son inexécution ; il faut en outre et nécessairement que le tiers ait agi en vue d'aider celui-ci à violer ses engagements. Cet arrêt a été critiqué par un grand nombre d'auteurs (988). Les trois Cours d'appel, sans doute sous l'influence de ces critiques doctrinales, se sont séparées de la jurisprudence de la Cour suprême ; elles considèrent que le fait pour le tiers de participer *consciemment* à la violation contractuelle suffit à le rendre responsable envers le créancier, sans qu'il soit nécessaire de prouver, en outre, qu'il *a aidé* le débiteur à faillir à ses obligations (989). Le tribunal de commerce de Bruxelles, après être resté longtemps fidèle à la doctrine énoncée par

(986) Voy., parmi les discussions les plus récentes de ce problème : L. Simont, « Contribution à l'étude de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle », cette *Revue*, 1959, p. 164 ; R.-O. Dalcq, *Les Novelles*, Droit civil, t. V, vol. Ier, « Les causes de responsabilité », nos 390 à 398 ; J. Limpens, « De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers », *Mélanges P. Roubier*, t. II, p. 89, surtout p. 98 à 100 ; S. Fredericq, « L'opposabilité aux tiers des conventions d'exclusivité de vente », cette *Revue*, 1961, p. 452, nos 10 et 11 ; J. Limpens, *La vente en droit belge* (en collaboration avec J. Heenen, E. Gutt, J. Matthys et J. Van Damme), Bruxelles, 1960, nos 1336 à 1341 ; B. Scheyvaerts, « Quand y a-t-il tierce complicité à la violation des exclusivités conventionnelles ? », *J.C.B.*, 1962, p. 1 ; G. Bricmont et B. Gysels, *Le contrat de concession de vente exclusive*, Bruxelles, 1962, p. 80.

(987) *Pas.*, 1933, I, 19.

(988) R. Kirkpatrick, obs., *R.G.A.R.*, 1933, no 1126 ; B. Piret, *Annales de droit et de sciences politiques*, 1934-1935, p. 98 ; L. Fredericq, *Traité de droit commercial belge*, t. II, no 113 ; J. Dabin et A. Lagasse, « Examen de jurisprudence », cette *Revue*, 1949, p. 60 ; M. Gevers, note sous Gand, 21 janvier 1950, cette *Revue*, 1950, p. 295 ; A. De Bersaques, note sous Liège, 11 janvier 1949, cette *Revue*, 1950, p. 333 ; J. Limpens et J. Van Byn, « La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat », cette *Revue*, 1951, p. 90 et suiv. ; R.-O. Dalcq, *op. cit.*, nos 392 et suiv. ; J. Limpens, « De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers », *loc. cit.*, p. 98 à 100 ; Ch. del Marmol, « La liberté du commerce en droit belge », *J.T.*, 1953, p. 65 ; S. Fredericq, article cité, no 5 ; G. Bricmont et R. Gysels, *op. cit.*, p. 94 à 97.

L'arrêt du 24 novembre 1932 est approuvé par les auteurs suivants : B. Pirson et A. De Villé, *Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle*, Bruxelles, 1935, t. II, p. 591 ; L. Soenens, note sous cass., 19 octobre 1937, *B.J.*, 1937, col. 583 ; H. De Page, *Traité*, t. Ier (3e éd.), no 122 ; P. Chevalier, note sous Gand, 19 avril 1950, *J.T.*, 1950, p. 424 ; B. Dekkers, *Précis*, t. II, no 159 ; L. Simont, article cité.

(989) Voy. les décisions citées par G. Bricmont et B. Gysels, *op. cit.*, p. 87 à 89.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

la Cour de cassation (990), semble, dans la décision annotée, se rapprocher de la conception des Cours d'appel (991).

Le problème est d'une grande importance pratique. Il tombe sous le sens qu'il sera souvent très difficile pour le créancier d'établir les circonstances exactes dans lesquelles le tiers a conclu avec son cocontractant la convention qui est à l'origine de la violation. Le tiers a-t-il incité le débiteur, lui promettant des avantages importants s'il consentait à rompre le contrat qui le liait envers le créancier ? S'est-il borné à lui proposer le nouveau contrat, connaissant l'incompatibilité existant entre celui-ci et les obligations antérieures du débiteur, mais s'abstenant de toute manœuvre tendant à le persuader de violer ces obligations ? Est-ce le débiteur lui-même qui, décidé d'avance à faire fi de ses engagements, a pris l'initiative du nouveau contrat, le tiers ne jouant qu'un rôle passif, se contentant d'accepter une affaire qui lui est proposée ? Selon la Cour de cassation, le tiers ne sera responsable que dans le premier cas. Il en résultera pour le créancier des difficultés de preuve considérables. Au contraire, dans la théorie qui considère suffisante la participation consciente du tiers à l'inexécution, il sera inutile de faire ces distinctions, du moment que la connaissance par le tiers de l'obligation violée est établie ; la preuve exigée du créancier en sera allégée d'autant.

4. La présente note a pour objet de réexaminer le critère de responsabilité dégagé par la Cour de cassation dans l'arrêt du 24 novembre 1932, à la lumière des critiques dont il a fait l'objet en Belgique, ainsi que des solutions admises en droit comparé. Nous ferons ensuite l'analyse de la décision annotée.

PREMIÈRE PARTIE. — LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ DU TIERS COMPLICE EN DROIT BELGE.

5. L'arrêt du 24 novembre 1932. — Une brasserie conclut avec un cafetier, le sieur Lambert, un contrat aux termes duquel celui-ci s'engage à s'approvisionner exclusivement auprès d'elle. Le défendeur Rigaux, exploitant également une brasserie, et connaissant le contrat entre Lambert et la première brasserie, vend néanmoins des bières à Lambert. Il est établi en fait qu'en agissant ainsi, Rigaux n'était pas animé d'une intention doleuse ; on ne relève à sa charge ni manœuvres précises en vue de supplanter la première brasserie, ni véritable mauvaise foi. La première brasserie a-t-elle un recours contre lui, sur la base de l'article 1382 du Code civil ?

(990) Voy. notamment : prés. trib. comm. Bruxellles, 25 octobre 1951, *J.C.B.* 1952, p. 37 ; *id.*, 7 avril 1955, *J.C.B.*, 1956, p. 152 ; comm. Bruxelles, 16 décembre 1961, *J.T.*, 1962, p. 264.

(991) Cf. *infra*, n° 31.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La Cour de cassation a répondu négativement à cette question (992). Elle commence par préciser que le litige porte uniquement sur la question de savoir si, en fournissant des bières à Lambert en dépit de la convention d'exclusivité qu'il connaissait, mais à laquelle il n'avait pas été partie, Rigaux a, *par là même*, commis une faute envers la demanderesse. « Attendu, poursuit la Cour, que la seule connaissance d'une convention n'engage pas la responsabilité du tiers qui a participé avec le débiteur à son inexécution ; qu'il faut en outre et nécessairement qu'il ait agi en vue d'aider celui-ci à violer ses engagements ». Or, l'arrêt attaqué ayant constaté souverainement qu'aucune mauvaise foi, intention doleuse ou manœuvre précise ne pouvaient être retenues à charge de Rigaux, la juridiction suprême en conclut « que le défendeur Rigaux s'est borné à user, sans intention, après la convention litigieuse, du droit incontestable, qu'il avait avant celle-ci, de livrer ses bières à Lambert ; droit préexistant que cette convention, à laquelle il est demeuré étranger, n'a pu évidemment lui enlever ».

6. Telle est, en bref, la teneur de cette décision qui, trente ans après avoir été rendue, fait encore l'objet de controverses extrêmement vives (993). Quelles sont les principales objections qui lui ont été opposées ? On peut les résumer comme suit.

Les auteurs qui critiquent la décision font valoir qu'en concluant la convention d'exclusivité, la brasserie demanderesse avait acquis un droit de créance contre Lambert, droit qui faisait partie de son patrimoine et dont le respect s'imposait, à ce titre, aux tiers, donc à Rigaux. Certes, l'article 1165 du Code civil prévoit que les contrats ne peuvent nuire aux tiers ; cependant, cette disposition ne vise que les effets internes des contrats, les obligations auxquelles ils donnent naissance entre les parties ; elle ne fait pas obstacle à ce que *l'existence* du contrat, la situation juridique à laquelle il donne naissance, soient opposables aux tiers, en ce sens que ceux-ci doivent en tenir compte. Dès lors, les tiers ne peuvent, sans commettre une faute, porter atteinte en pleine connaissance de cause aux droits qui résultent du contrat pour le créancier (994).

On ne saurait objecter, poursuivent ces auteurs, que cette solution reviendrait à priver Rigaux de son droit de contracter librement, dans la mesure où elle lui interdit de traiter avec Lambert (995) : le droit de

(992) *Pas.*, 1933, I, 23 et suiv.

(993) Voy. les références citées *supra*, note 3.

(994) R. Kirkpatrick, note précitée ; J. Limpens, *Prijshandhaving buiten contract*, Bruxelles, 1943, n° 162 ; L. Fredericq, *Traité*, t. II, n° 113 ; L. Van Bunnen, « Effets à l'égard des tiers de quelques conventions conclues par autrui », *J.T.*, 1956, p. 247 ; R.-O. Dalcq, *op. cit.*, n° 394 ; J. Limpens, « De l'opposabilité des conventions à l'égard des tiers », *loc. cit.*, p. 89 et suiv. ; G. Bricmont et R. Gysels, *op. cit.*, p. 96.

(995) Telle était en substance l'argumentation développée par le procureur général P. Leclercq, sur la base de laquelle il avait conclu au rejet du pourvoi interjeté par la première brasserie.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

contracter n'est pas un droit absolu, mais une simple liberté ou faculté qui se confond avec la faculté de faire la concurrence, et ne peut être exercée que conformément aux usages honnêtes du commerce (996). Est par conséquent en faute celui qui participe consciemment avec le débiteur à la violation de l'obligation de ce dernier envers le créancier. C'est à tort que la Cour de cassation exige en outre que le tiers ait agi « en vue d'aider » le débiteur, puisqu'en matière aquilienne l'intention de nuire n'est pas requise, et la faute même la plus légère suffit (997).

7. La jurisprudence de la Cour de cassation de France et la majorité de la doctrine française aboutissent aux mêmes conclusions que les auteurs qui viennent d'être cités. Dès 1904, la chambre des requêtes décide que le tiers, qui engage un employé dont il sait qu'il est lié par un engagement de non-concurrence envers un ancien associé, se rend responsable par le fait même en vertu de l'article 1382 (998). Dans une note sous l'arrêt (999), L. Lacour approuve la solution donnée. On commet toujours une faute, affirme-t-il, lorsqu'on porte, en pleine connaissance de cause, atteinte au droit d'autrui, que ce droit résulte de la loi ou d'un contrat. La source de l'obligation du tiers n'est pas le contrat passé en dehors de lui, mais la faute commise en tirant sciemment profit des agissements déloyaux et illicites de son employé.

À plusieurs reprises, la Cour de cassation de France a réaffirmé ce principe (1000). Cette jurisprudence est généralement approuvée par les auteurs (1001). Ainsi Weil, qui s'est spécialement attaché à l'étude de l'article 1165 du Code civil, déduit du principe selon lequel les contrats sont opposables aux tiers quant à la situation juridique à laquelle ils donnent naissance (1002), l'existence d'un devoir à charge des tiers de ne rien faire qui puisse faciliter l'inexécution du contrat par le débiteur (1003). Le créancier aurait, tout comme le titulaire d'un droit réel, le droit d'exiger

(996) R. Kirkpatrick, note citée ; L. Fredericq, *Traité*, t. II, n° 113 ; J. Limpens et J. Van Ryn, note citée, n° 9 ; R.-O. Dalcq, *op. cit.*, n° 392 ; Bricmont et Gysels, *op. cit.*, p. 108.

(997) R. Kirkpatrick, note citée, considère que la preuve de l'intention du tiers est inutile, puisque « l'intention du commerçant qui traite avec une clientèle qu'il sait être engagée vis-à-vis d'un concurrent n'est pas douteuse » ; voy. aussi L. Van Bunnen, article cité, p. 248 ; R.-O. Dalcq, *op. cit.*, n° 394 ; G. Bricmont et R. Gysels, *op. cit.*, p. 96.

(998) Req., 8 novembre 1904, *D.*, 1906, I, 489, note L. Lacour.

(999) Voy. note précédente.

(1000) Civ., 13 novembre 1921, *D.*, 1929, I, 131 (responsabilité du tiers qui achète un immeuble au vendeur au mépris d'une promesse de vente antérieure, qu'il connaît) ; civ., 10 avril 1948, *D.*, 1948, 421, note B. Lenoan (responsabilité du tiers qui se fait consentir une hypothèque nonobstant une promesse de vente antérieure, qu'il connaît).

(1001) L. Josserand, *Cours*, t. II, n° 261 ; P. Esmein, dans Planiol et Ripert, *Traité*, t. VI, n°s 349 et 590 ; B. Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, t. Ier, n° 144 ; G. Ripert, *La règle morale*, n° 170 ; B. Starck, « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », *J.C.P.*, 1954, I, 1180.

(1002) A. Weil, *La relativité des conventions en droit privé français*, Paris, 1939, p. 176.

(1003) P. 416.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

le respect de sa créance *erga omnes* ; dans les deux cas, les tiers seraient tenus d'une « obligation passive universelle » (1004) qui leur interdirait, sous peine de commettre une faute, de s'associer sciemment à la violation du droit du créancier (1005).

8. Nous pensons que ces thèses, à première vue séduisantes, ne sont pas à l'abri de toute critique.

Nul ne niera que, comme l'a écrit M. De Page, la règle de la relativité des conventions est elle-même fort relative (1006). Elle ne s'applique qu'aux effets internes de l'acte, aux obligations auxquelles il donne naissance entre parties. Si au contraire on se place sur le terrain de *l'existence*, on constate que celle-ci constitue un *fait* qui s'impose, en règle générale, aux tiers (1007). Ainsi, les créanciers chirographaires doivent subir les conséquences des contrats passés par leur débiteur ; si celui-ci vend un bien qui lui appartient, les créanciers ne pourront évidemment plus le saisir. Cela se produira même si le débiteur avait été laissé en possession de l'objet vendu, puisqu'en vertu de l'effet translatif du contrat de vente, la transmission de la propriété s'est opérée indépendamment de toute délivrance (1008). De même, les ayants cause à titre particulier d'une chose prennent celle-ci dans l'état où elle se trouve au moment de la transmission (1009) ; ils pâtissent des actes accomplis par leur auteur. Le locataire dont le bail n'a pas date certaine pourra se voir opposer par le nouvel acquéreur du bien loué l'acte par lequel celui-ci est devenu propriétaire (1010) ; en revanche, il ne pourra pas, de son côté, faire valoir à l'égard du nouveau propriétaire les droits qu'il tenait de son cocontractant, car ce serait là tenter d'étendre à un tiers les effets internes du contrat de louage, et non simplement se prévaloir de l'existence de ce contrat comme d'un fait.

Dans un arrêt du 9 mars 1950, la Cour de cassation de Belgique a même admis que l'enrichi pouvait invoquer un contrat conclu avec un tiers au

(1004) Weil, *op. cit.*, n° 238, p. 416 à 419. Voy. aussi : H. Lauterpacht, « Contracts to break a contract », *Law Quarterly Review*, 1936, p. 521 et suiv. ; J. Limpens, « De l'opposabilité des conventions à l'égard des tiers », *loc. cit.*, p. 101 et 102 ; la même thèse d'une obligation passive universelle est développée par S. Ginossar dans *Droit réel, propriété et créance*, Paris, 1960 ; toutefois cet auteur n'en tire aucune conclusion en ce qui concerne les conditions de la responsabilité du tiers complice : voy. p. 67 et 79.

(1005) Weil, *op. cit.*, p. 425 et 426.

(1006) *Traité*, t. Ier, n° 117*bis*.

(1007) Il existe cependant des exceptions à la règle de l'opposabilité des effets externes : ainsi les créanciers sont en droit de ne pas tenir compte d'un acte n'ayant pas date certaine (art. 1328 du Code civil) ou accompli en fraude de leurs droits (art. 1167). Pour d'autres exemples, voy. Weil, *op. cit.*, p. 179 à 199.

(1008) Voy. notre ouvrage : *Le transfert de la propriété dans la vente d'objets mobiliers corporels en droit comparé*, Bruxelles, 1961, p. 109 et 110.

(1009) De Page, *op. cit.*, t. Ier, n° 121.

(1010) Article 1743 du Code civil.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

procès pour soutenir que son enrichissement n'est pas sans cause et faire ainsi échec à l'action *de in rem verso* que lui intente l'appauvri (1011). Certains auteurs ont toutefois critiqué cette décision (1012).

Ajoutons que la jurisprudence autorise les tiers à se *prévaloir* de l'existence des contrats et des effets qu'ils produisent entre les parties (1013). Toutefois, ce phénomène intéresse moins directement l'objet de la présente étude.

9. On aperçoit que, dans les exemples cités ci-dessus, la règle de l'opposabilité a pour effet d'autoriser les parties à faire état à l'égard des tiers d'une situation juridique donnée, nonobstant le fait que cette situation trouve son origine dans un contrat. En ce sens, il est exact de dire que les tiers sont tenus de « respecter » cette situation, qu'ils ne peuvent la « méconnaître » : le contrat s'impose à eux comme un *fait* ; ils doivent en accepter l'existence ; ils ne peuvent nier la réalité sous prétexte qu'elle résulte d'un acte auquel ils n'ont pas été parties. S'ensuit-il qu'ils aient l'obligation de ne rien faire qui puisse porter atteinte au bénéfice que les contractants espèrent retirer de la convention ? En d'autres mots, sont-ils tenus de « respecter » la situation née du contrat en ce sens qu'ils ne peuvent s'efforcer de la modifier ? S'impose-t-elle à eux comme une *obligation* ?

Il s'agit là, en vérité, d'une question toute différente (1014). On n'oblige pas le tiers uniquement à reconnaître la réalité des effets du contrat, mais on lui impose l'obligation de ne pas porter atteinte à cette réalité. Est-il possible de déduire ainsi ce qui doit être à partir de ce qui est ? Il ne nous le semble pas. En tout cas, rien, dans la jurisprudence de notre cour suprême, ne justifie qu'on fasse un tel pas. Ainsi que l'a fort bien montré L. Simont, la Cour de cassation n'a jamais admis qu'une partie à une convention en invoque l'existence comme unique fondement d'une action intentée à un tiers (1015) ; autrement dit, elle ne voit pas dans le seul fait de cette existence la source d'une obligation d'abstention à charge des tiers.

10. Mais alors, où trouver le fondement de cette obligation ? Selon d'aucuns, celle-ci résulterait de l'article 1382 du Code civil. Le tiers qui porte sciemment atteinte aux droits contractuels d'autrui ne commet-il

(1011) Cass., 9 mars 1950, cette *Revue*, 1952, p. 5.

(1012) J. Dabin, note sous l'arrêt, cette *Revue*, 1952, p. 21 et 22 ; L. Simont, note citée, cette *Revue*, 1959, n° 14.

(1013) Bruxelles, 22 janvier 1881, *Pas.*, 1881, II, 321 ; cass., 27 mai 1909, *Pas.*, 1909, I, 272 ; Bruxelles, 25 novembre 1939, *Pas.*, 1940, II, 52. Voy. aussi l'analyse pénétrante que donne M. Limpens de ces arrêts, article cité, *Mélanges Roubier*, t. II, p. 93 à 96.

(1014) Il semble que l'ambiguïté des mots « respecter », « méconnaître », « s'imposer », etc., ait joué un rôle important à l'origine de la confusion que nous dénonçons.

(1015) Article cité, cette *Revue*, 1959, p. 171.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

pas, par le fait même, une faute ? D'aucuns l'affirment (1016). Or, comme toute faute, même la plus légère, suffit à engager la responsabilité de son auteur, il ne sera pas nécessaire d'établir que celui-ci a agi frauduleusement ou dans l'intention de nuire (1017).

Ce raisonnement ne nous paraît pas reposer sur des bases solides. En premier lieu, il importe de ne pas se laisser enfermer dans un cercle vicieux : la faute ne pourra évidemment pas résulter du simple fait que le tiers méconnaît le devoir d'abstention qui découle de l'article 1165, puisque la question est précisément de savoir dans quelle mesure cette disposition lui impose un devoir d'abstention.

La faute consistera-t-elle en l'atteinte portée au droit d'autrui ? Cette théorie, défendue jadis par le procureur général P. Leclercq (1018), est aujourd'hui abandonnée. Le seul fait de causer à autrui un dommage n'est pas, par lui-même, constitutif de faute, au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil (1019).

Le caractère culpeux de l'acte résultera-t-il du fait que l'atteinte est portée de façon *consciente*, en pleine connaissance de cause ? On rejoindrait alors l'opinion du professeur Savatier, selon qui la faute consiste en l'inexécution d'un devoir que l'agent pouvait connaître et observer, un de ces devoirs étant précisément celui de ne pas nuire à autrui (1020). Cependant, cet auteur est obligé de reconnaître qu'il existe un nombre considérable d'exceptions à ce devoir, et que dans de nombreux cas il est *licite* de nuire à autrui (1021). En outre, on peut se demander si le postulat dont il part n'est pas discutable (1022). La vie en société n'implique-t-elle pas nécessairement des heurts, des frictions, des conflits d'intérêts entre lesquels le droit a pour mission de trouver un compromis, mais qu'il ne pourra jamais abolir ? Comme le rappellent H. et L. Mazeaud et A. Tunc :

(1016) Voy. L. Lacour, note citée sous req., 8 novembre 1904, *D.*, 1906, I, 489 ; J. Limpens, *Prijshandhaving buiten contract*, n° 185 ; L. Fredericq, *Traité*, t. II, n° 113 ; J. Limpens et J. Van Byn, article cité, cette *Revue*, 1951, n° 15 ; L. Van Bunnen, article cité, *J. T.*, 1956, p. 248 ; R.-O. Dalcq, *op. cit.*, n° 394.

(1017) R. Kirkpatrick, article cité, *R.G.A.R.*, 1933, n° 1126 ; L. Van Bunnen, article cité, *J.T.*, 1956, p. 248 ; R.-O. Dalcq, *op. cit.*, n° 394.

(1018) Mercuriale prononcée le 15 septembre 1927, Bruxelles, Bruylant, 1927. Il est quelque peu surprenant que, dans ses conclusions avant l'arrêt du 24 novembre 1932, M.P. Leclercq refuse de considérer le comportement de Rigaux comme fautif, alors qu'il portait incontestablement atteinte au droit de la brasserie demanderesse. Ce paradoxe a été relevé par MM. J. Limpens, *Prijshandhaving buiten contract*, n° 164, et L. Simont, article cité, n° 8, note 14.

(1019) Cass., 3 mai 1958, *Pas.*, 1958, I, 972 ; 25 juin 1953, *Pas.*, 1953, I, 857 ; 18 janvier 1945, *Pas.*, 1945, I, 88 ; voy. aussi De Page, *op. cit.*, t. II, n° 935.

(1020) R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, 2e éd., Paris, 1951, t. Ier, nos 4 et 35.

(1021) *Op. cit.*, nos 36 et suiv.

(1022) H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 5e éd., t. Ier, n° 391 ; Ch. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours*, t. IX, avec la collaboration de R. Rodière, Paris, 1952, n° 1398 ; De Page, *Traité*, t. II, n° 939.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

« La vie serait tout aussi impossible si nous ne pouvions rien faire qui nuise à autrui ou qui risque de lui nuire, que si « tout était permis » (1023).

11. Il semble par conséquent pour le moins téméraire d'affirmer qu'en portant sciemment atteinte à un droit de créance, le tiers commet *par le fait même* un quasi-délit. Certes, il « nuit » au créancier, il le prive du bénéfice escompté, — mais ce bénéfice est-il protégé contre les entreprises des tiers ? Quelques exemples suffiront à montrer qu'il n'en est pas toujours ainsi.

a) A vend à B une chose appartenant à X. B est au courant du fait que A n'est pas propriétaire : il n'est donc pas question de déclarer la vente nulle en vertu de l'article 1599 du Code civil. Supposons que X connaisse l'existence de la vente : cette circonstance l'oblige-t-elle à ne rien faire qui puisse porter atteinte à la créance de B ? Lui est-il interdit, en particulier, de disposer de la chose envers un tiers, ou de la détruire, ou encore de la consommer, s'il s'agit d'un bien consomptible ?

b) A s'engage à livrer à B un certain nombre de biens d'un genre déterminé. En résulte-t-il que X soit empêché d'acheter lui-même sur le marché des biens de même espèce, s'il sait qu'en le faisant, il met A dans l'impossibilité d'exécuter son contrat à l'égard de B ?

c) Le syndicat qui déclenche une grève parmi les ouvriers d'une entreprise et sait qu'il empêche ainsi cette entreprise de respecter les délais de livraison auxquels elle s'est engagée envers ses clients, est-il obligé de réparer le préjudice que cause à ceux-ci l'exécution tardive de la commande ?

On voit à quelles conséquences extrêmes aboutirait la reconnaissance du principe selon lequel toute atteinte portée consciemment à un droit de créance constitue une faute engageant la responsabilité de son auteur.

12. Récemment, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur un problème analogue. Les faits dont elle avait à connaître peuvent se résumer de la manière suivante. A concède à B le monopole en Belgique de l'importation et de la vente des produits qu'il fabrique ; il en fait de même à l'égard de C pour le territoire allemand, en omettant toutefois d'interdire à C d'exporter les produits vers la Belgique. La connaissance qu'a X, concurrent de B en Belgique, de l'existence du monopole de B lui interdit-elle de se procurer les produits faisant l'objet de l'exclusivité auprès de C ?

(1023) *Op. cit.*, t. Ier, nº 417. Voy. aussi A. De Bersaques, note sous Gand, 20 novembre 1950, cette *Revue*, 1953, p. 270, nº 4.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La Cour suprême a répondu négativement à cette question (1024), cassant les arrêts des Cours d'appel de Gand et de Bruxelles (1025) qui décidaient, au contraire, que le tiers commet une faute lorsqu'il importe et vend des produits dont il sait qu'un commerçant a obtenu de son cocontractant le monopole d'importation et de vente. À juste titre, la Cour de cassation relève qu'en statuant ainsi, les arrêts décident « non seulement que l'*existence* de pareil contrat est *opposable* aux tiers, mais encore qu'il a pour effet de *lier* ceux-ci en toute circonstance et, en l'espèce, de restreindre la liberté du commerce avec quiconque, ce en violation de l'article 1165 du Code civil ». On ne pourrait exprimer plus clairement que la violation consciente du droit contractuel d'autrui ne constitue pas, à elle seule, une faute.

13. Il est cependant une différence entre la situation du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle et celle qui se présentait dans les arrêts déférés à la censure de la Cour de cassation. L'atteinte portée par le tiers complice aux droits du créancier consiste dans la faute contractuelle du débiteur, faute qui n'eût pu être commise sans le concours du tiers. Au contraire, dans le cas du monopole de vente, le préjudice subi par le créancier résulte directement de l'activité du tiers, indépendamment de tout manquement contractuel imputable à son débiteur. Cette différence de situation justifie-t-elle une diversité de traitement ? Peut-on considérer que la faute commise par le débiteur *rejaillit* sur le tiers, de telle sorte qu'il est tenu, non pour avoir porté atteinte aux droits du créancier, mais pour s'être *associé* à la faute contractuelle ?

Nous pensons qu'il s'agit là avant tout d'une question de fait. Le tiers a-t-il incité le débiteur à violer ses obligations, soit en lui proposant des conditions anormalement avantageuses, soit en faisant pression sur lui ou en l'induisant en erreur : il sera responsable. Comme le note à bon droit le professeur Starck, la relativité des conventions n'a pas pour effet d'empêcher la responsabilité du tiers (1026). Si au contraire le tiers s'est contenté de contracter avec le débiteur dans des conditions normales, exactement comme il l'aurait fait s'il avait ignoré l'obligation du débiteur envers le créancier, nous ne voyons pas pourquoi la connaissance qu'il a du droit du créancier — auquel, rappelons-le, il ne lui est pas interdit en général de porter atteinte (1027) — rendrait son comportement fautif.

(1024) Cass., 17 juin 1960, *Pas.*, 1960, I, 1191, *R.W.*, 1960-1961, col. 317, avec conclusions de M. l'avocat général Dumon ; 3 novembre 1961, *J.T.*, 1961, p. 737, avec conclusions de M. l'avocat général Dumon ; voy. aussi : S. Fredericq, « L'opposabilité aux tiers des conventions d'exclusivité de vente », cette *Revue*, 1961, p. 452 ; G. Bricmont et R. Gysels, *op. cit.*, p. 97 à 102.

(1025) Gand, 4 juin 1959, *R.W.*, 1959-1960, col. 636 ; Bruxelles, 14 octobre 1960, *J.T.*, 1960, p. 668.

(1026) B. Starck, « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », *J.C.P.*, 1954, I, 1180.

(1027) Voy. *supra*, n°s 10 à 12.,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Certes, le *débiteur* est en faute. Toutefois, cette faute, de nature contractuelle, lui demeure propre. Par quel miracle déborderait-elle du champ des relations entre cocontractants et, rejaillissant sur le tiers, entacherait-elle son comportement d'illicéité ?

14. D'aucuns répondront que, dans l'hypothèse d'une tierce complicité, le tiers « entre volontairement dans un domaine réglementé par une convention pour en tirer profit » et que, dès lors, son comportement perd « son caractère d'exercice légitime d'un droit ». Telle est la thèse soutenue par M. l'avocat général Dumon dans ses conclusions avant les arrêts de la Cour de cassation des 17 juin 1960 et 3 novembre 1961 (1028) et reprise par la suite par plusieurs auteurs (1029). L'éminent magistrat commence par démontrer que le principe de l'opposabilité des conventions n'a pas pour effet d'imposer, *en général*, un devoir d'abstention aux tiers. Analysant les conclusions de l'étude de L. Simont (1030), il constate « qu'une partie ne peut invoquer une convention pour dénier un droit » aux tiers. Or, « admettre... que le tiers est lié par la connaissance de l'existence de pareille convention, c'est lui enlever un droit parce que des parties qui lui sont étrangères ont conclu une convention, c'est le *faire entrer de force dans une convention*, c'est lui dénier un droit à la suite d'une décision à laquelle il n'a pu participer, c'est permettre aux particuliers de déterminer les droits et obligations de tous les autres » (1031).

Après cette éloquente condamnation de la thèse selon laquelle est fautif en soi le fait de porter sciemment atteinte à un droit de créance, M. Dumon ajoute qu'en cas de tierce complicité, la situation est différente : « le tiers commet une faute quasi délictuelle *dès qu'il concourt en connaissance de cause* à une violation d'une obligation contractuelle imposée à une partie » (1032).

15. La raison invoquée pour justifier cette différence de résultat ne nous paraît pas déterminante. Lorsqu'on dit que le tiers « pénètre dans

(1028) Cités *supra*, note 39.

(1029) G. Bricmont et R. Gysels, *op. cit.*, p. 96 et 103 ; R. Scheyvaert, article cité, *J.C.B.*, 1962, p. 16.

(1030) Cette *Revue*, 1959, p. 171 à 173.

(1031) *J.T.*, 1961, p. 738. Voy. aussi G. Bricmont et R. Gysels, *op. cit.*, p. 102 : « La cour, loin d'affirmer que les conventions ne sont absolument pas opposables aux tiers, se contente de préciser que la seule connaissance d'une convention ne permet pas à une partie à celle-ci de l'invoquer en vue de dénier un droit à un tiers et que ce dernier ne peut se voir reprocher une attitude protégée par la règle édictée dans l'article 1165 du Code civil si cette attitude n'est pas accompagnée de circonstances constitutives de faute ».

(1032) *J.T.*, 1961, p. 739. Voy. aussi Bricmont et Gysels, *op. cit.*, p. 108 : « Si le tiers contracte, en connaissance de cause, avec une personne à laquelle il est interdit de traiter avec lui, il engage sa responsabilité » ; de même, quoique après quelques hésitations, R. Scheyvaerts, article cité, *J.C.B.*, 1962, p. 21 : « Le tiers est complice de la fraude, même s'il ne fait qu'en tirer un profit, qui sans cela serait légitime, dès lors qu'il sait qu'en contractant, il donne un consentement à un acte par lequel son partenaire viole délibérément un engagement antérieur pris envers autrui ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

le rapport contractuel », on exprime une métaphore qui ne correspond pas exactement à la réalité juridique. Le tiers ne pénètre pas, à proprement parler, dans le rapport : s'il le faisait, il cesserait d'être un tiers. Or, on s'accorde pour reconnaître que sa responsabilité est de nature délictuelle, non contractuelle (1033) ; en d'autres mots, il reste étranger à la convention, tout en y ayant pénétré : étrange paradoxe...

On ne peut nier qu'en contractant avec le débiteur, le tiers « participe » à l'inexécution du contrat (1034) : sans son intervention, l'inexécution n'aurait pas eu lieu. Mais ce qu'on lui reproche, ce n'est pas la faute contractuelle du débiteur, c'est l'atteinte portée au droit du créancier en rendant possible la faute du débiteur. Pourquoi cette atteinte serait-elle illicite lorsqu'elle se réalise par le biais d'une inexécution contractuelle, alors qu'elle ne l'est pas lorsqu'elle s'effectue par d'autres moyens ? Serait-ce parce que l'obligation du débiteur s'étend au tiers qui contracte avec lui ? On se rend compte que c'est là précisément ce que tend à empêcher l'article 1165 du Code civil.

Il est d'ailleurs remarquable que les autorités invoquées par M. l'avocat général Dumon pour rejeter la thèse des cours d'appel, selon laquelle le fait de vendre des produits dont on sait qu'ils font l'objet d'un monopole concédé à autrui est fautif en soi, aboutissent, sur la question de la tierce complicité, à des conclusions opposées aux siennes. Ainsi, la citation du traité de M. De Page reproduite dans les conclusions avant l'arrêt du 3 novembre 1961 (1035) est extraite d'un passage tendant à démontrer que la seule connaissance par le tiers de l'existence de la violation contractuelle est insuffisante pour engager sa responsabilité. De même, si L. Simont écrit « avec raison », comme le reconnaît M. Dumon (1036), qu'une partie à un contrat ne peut en invoquer l'existence et les effets entre parties pour dénier un droit aux tiers, c'est précisément pour aboutir aux mêmes conclusions que M. De Page en ce qui concerne les conditions de la responsabilité du tiers complice.

16. Résumons-nous. Dans la mesure où aucune circonstance aggravante n'entoure le comportement du tiers, mais où il se contente de contracter de manière normale, il ne fait qu'user d'une liberté (1037) que la conven-

(1033) Conclusions de l'avocat général Dumon, *J.T.*, 1961, p. 739 ; G. Bricmont et R. Gysels, *op. cit.*, p. 106.

(1034) Telle est d'ailleurs l'expression dont se sert la cour de cassation dans son arrêt du 24 novembre 1932, *Pas.*, 1933, I, 23.

(1035) *J.T.*, 1961, p. 738, 3e colonne.

(1036) *J.T.*, *ibid.*

(1037) Il est exact qu'on ne peut parler, comme le faisait le procureur général P. Leclercq, dans ses conclusions avant l'arrêt du 24 novembre 1932, du « droit absolu de contracter » : voy. *supra*, nº 6 et notes 10 et 11. Nous ne pensons pas que cette précision change quoi que ce soit au résultat auquel on aboutit.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tion des parties, à laquelle il est étranger, n'a pu lui enlever (1038). La thèse inverse n'aboutirait-elle pas, d'ailleurs, à ce que les particuliers « déterminent les droits et obligations de tous les autres », conséquence qui est à repousser, ainsi que l'a fort bien montré M. l'avocat général Dumon (1039) ? N'imposerait-elle pas en fait aux tiers l'exécution d'une obligation créée par un contrat auquel ils n'ont pas participé (1040) ?

Ceci ne signifie nullement que le tiers ne se rendra *jamais* responsable lorsqu'il contracte avec un débiteur, sachant que celui-ci viole ses engagements envers son créancier. S'il use de manœuvres, agit dans une intention méchante, ou persuade le débiteur de rompre son contrat, il commettra une faute. En effet, dans ce cas, il ne se borne pas à contracter normalement, tout comme il l'aurait fait s'il avait ignoré l'obligation du débiteur envers le créancier : il *abuse* de la liberté qui lui est reconnue par la loi.

La responsabilité du tiers complice se fonde donc, à notre sens, sur la théorie de l'abus du droit. Il n'entre pas dans notre propos de faire ici l'analyse des différents critères de l'abus de droit qui ont été proposés par la doctrine (1041). Qu'il nous suffise de constater, avec les auteurs les plus récents, qu'il y a abus d'un droit lorsque ce droit est exercé de manière fautive (1042). Il en est incontestablement ainsi lorsqu'un tiers contracte avec le débiteur d'une obligation contractuelle dans le seul but de nuire au créancier de l'obligation, ou lorsqu'il use de manœuvres frauduleuses ou trompeuses à l'occasion de la conclusion du contrat. Lorsque le tiers, sans avoir recours à des tromperies ou des procédés frauduleux, *persuade* le débiteur de violer ses engagements, il abuse également de sa liberté de contracter, puisqu'il la détourne de sa finalité normale et s'en sert, non en vue de la satisfaction d'un intérêt légitime, mais en vue de causer un préjudice à autrui. On peut également admettre que le tiers engage sa responsabilité lorsqu'il avait la possibilité de retirer un avantage équivalent en contractant avec d'autres personnes, et qu'il est établi qu'il a délibérément choisi de traiter avec celle qui était liée

(1038) L. Simont, article cité, p. 172, n° 16 ; P. Chevalier, note sous Gand, 19 avril 1950, *J.T.*, 1950, p. 424.

(1039) Conclusions avant cass., 3 novembre 1961, *J.T.*, 1961, p. 738, col. 3.

(1040) R. Pirson et A. De Villé, *op. cit.*, t. II, p. 591 ; R. Scheyvaerts, note sous comm. Bruxelles, 5 novembre 1951, *J.C.B.*, 1952, p. 30 ; L. Simont, article cité, p. 173, n° 19.

(1041) Voy. L. Campion, *La théorie de l'abus de droit*, Bruxelles, 1925 ; L. Josserand, *Théorie de l'abus de droit*, 2e éd., 1939 ; J. Dabin, *Le droit subjectif*, p. 268 et suiv. ; G. Ripert, *La règle morale*, nos 81 et suiv. ; A. De Bersaques, note sous Gand, 20 novembre 1950, cette *Revue*, 1953, p. 270 et suiv. ; R.-O. Dalcq, *op. cit.*, vol. Ier, nos 558 et suiv. ; H. et L. Mazeaud, *op. cit.*, t. Ier, nos 547 et suiv.

(1042) Voy. notamment R.-O. Dalcq, *op. cit.*, vol. Ier, n° 599 ; H. et L. Mazeaud, *op. cit.*, t. Ier, n° 576 ; A. De Bersaques, note citée, n° 7 (l'abus de droit peut résulter d'une simple négligence dans l'exercice d'un droit).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

envers autrui par des obligations antérieures (1043). En revanche, il n'y a pas d'abus de la faculté de contracter lorsque le tiers agit de manière correcte, exactement de la même façon que s'il avait ignoré la convention entre son cocontractant et le créancier ; dans ce cas, sa conduite ne comporte en elle-même aucun élément fautif, et le simple fait qu'il connaissait l'engagement du débiteur ne suffit pas à établir qu'il a commis un abus de droit.

Nous ne nous dissimulons pas que le critère ainsi défini n'est pas aussi précis que celui que nous critiquons. La notion d'abus de droit comporte une certaine marge d'appréciation subjective dont est exempt le critère de la simple connaissance. Le juge devra mettre en balance les intérêts rivaux, comparer leur importance respective (1044) ; il prendra en considération le caractère plus ou moins anormal de l'obligation violée, ses effets plus ou moins restrictifs de la liberté du commerce (1045). Toutefois, nous ne pensons pas que cela soit un mal ; au contraire, il paraît souhaitable de laisser aux tribunaux une certaine latitude, afin de leur permettre d'apprécier les circonstances de la cause et de trouver une solution conforme à la justice (1046).

DEUXIÈME PARTIE. — LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ DU TIERS COMPLICE EN DROIT COMPARÉ.

17. Les auteurs qui soutiennent la thèse selon laquelle la connaissance de la faute contractuelle commise par le débiteur suffit à engager la responsabilité du tiers complice invoquent généralement la jurisprudence et la doctrine françaises qui, ainsi que nous l'avons vu, sont fixées en ce sens. Quelle est la situation dans les autres pays ? Accueillent-ils, eux aussi, la simple connaissance comme critère de la responsabilité du tiers complice ? Nous croyons qu'il n'est pas inutile de le rechercher, en examinant successivement l'état de la question aux Pays-Bas, en Allemagne, en Angleterre, aux États-Unis d'Amérique, en Suisse et en Italie.

(1043) Voy. cass., 12 juillet 1917, *Pas.*, 1918, I, 65 ; A. De Bersaques, note citée, cette *Revue*, 1953, p. 273. C'est surtout en matière de contrat de louage de services que le cas se présentera : X embauche un employé qu'il sait être lié envers un précédent employeur, par une clause de non-concurrence par exemple ; s'il est établi qu'il aurait pu, sans inconvénient pour lui, prendre à son service un employé libre de tout engagement, l'abus de droit pourra résulter du seul fait qu'il a sciemment fait porter son choix sur un employé qui était obligé envers un tiers.

(1044) A. De Bersaques, note citée, n° 19.

(1045) On rejoindrait ainsi, dans une certaine mesure, la solution préconisée par Mme Gevers, d'après laquelle il faudrait distinguer selon que l'obligation violée a un caractère normal, non dérogatoire aux principes généraux, ou est de nature exceptionnelle, restreignant dans le chef du débiteur le droit de faire le commerce avec qui bon lui semble (note sous Gand, 21 janvier 1950, cette *Revue*, 1950, p. 295).

(1046) Dans le même sens, R. Pirson et A. De Villé, *op. cit.*, t. II, p. 592.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

1. Le droit néerlandais.

18. Les dispositions du Burgerlijk Wetboek (B.W.) intéressant notre problème sont la traduction des articles correspondants du Code Napoléon (1047). L'étude du droit néerlandais présente donc pour nous un intérêt particulier.

Dans un arrêt célèbre (1048), le Hoge Raad a décidé en 1937 que le fait pour un commerçant de tirer sciemment profit de violations d'obligations contractuelles commises par autrui constitue un acte contraire aux usages honnêtes. En l'espèce, la société allemande Kolynos, fabricante de pâte dentifrice, avait concédé l'exclusivité de ses produits à la demanderesse, la société anonyme Kerkhoff. Celle-ci avait imposé à ses acheteurs le respect d'un prix de vente au détail de 60 cents par tube et avait interdit la revente par les grossistes à des détaillants non agréés par elle. Ceci n'empêcha pas la parfumerie Florence, défenderesse, de mettre en vente des tubes présentés en emballage hollandais au prix de 49 cents. Ces tubes n'avaient pu parvenir entre ses mains que par suite de la violation de ses obligations par un de ceux, grossistes ou détaillants, qui s'étaient liés envers le concessionnaire exclusif. L'arrêt rendu sur l'action intentée par ce dernier déclare que la défenderesse a commis une faute, puisqu'elle *savait* qu'elle n'avait pu se procurer les marchandises que per suite d'une violation d'obligations contractuelles. Il importait peu qu'elle eût acheté les tubes directement à celui qui avait violé ses engagements ou à une autre personne ; en effet, dans chacune des deux hypothèses, elle n'avait pu les obtenir qu'en raison de la violation contractuelle commise (1049).

19. Deux arrêts récents sont venus modifier cette jurisprudence. Les faits se présentaient de façon très semblable dans les deux cas : une société néerlandaise, distributrice exclusive d'articles fabriqués par la société allemande Grundig, avait intenté une action en concurrence déloyale contre un détaillant qui s'était procuré en Allemagne des radios faisant l'objet de l'exclusivité auprès de commerçants qui violaient, ce faisant, une interdiction d'exportation imposée par Grundig et acceptée par eux. Dans les deux cas, le détaillant néerlandais était parfaitement au courant

(1047) L'article 1376 B.W. correspond à l'article 1165 du Code civil, l'article 1401 B.W. à l'article 1382 du Code civil.

(1048) 11 novembre 1937, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1937, n° 1096.

(1049) Voy. S. Fredericq, article cité, n° 10, qui cite d'importants extraits de la décision. Au sujet de la décision, voy. notamment : note E.M. Meijers sous l'arrêt, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1937, n° 1096 ; S. Van Brakel, « Profiteren van eens anders wanprestatie als onrechtmatige daad », *Nederlands Juristenblad*, 1940, p. 465 et suiv., 481 et suiv. ; M.H. Bregstein, « De ontwikkeling van de algemene contractenleer in het B. W. van 1838 tot heden », *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek*, Zwolle, 1938, p. 466 et 467 ; Asser-Rutten, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk Recht*, Derde deel, « Verbintenissenrecht », 2e stuk, 2e éd., Zwolle, 1961, p. 287 et 454.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de la faute contractuelle commise par les intermédiaires allemands en contractant avec lui.

Dans la première décision (1050), la Cour suprême relève qu'il n'était pas établi que les commerçants allemands fussent obligés *vis-à-vis de la demanderesse* à respecter l'interdiction d'exportation imposée par Grundig. En contractant avec eux, la défenderesse ne commettait pas un acte illicite *envers la demanderesse*, puisque celle-ci n'était pas partie aux accords entre Grundig et les intermédiaires allemands, et qu'elle ne pouvait retirer aucun droit de ses accords. Le fait que l'interdiction d'exportation avait été imposée dans l'intérêt de la demanderesse et que la défenderesse était au courant de cette circonstance fut considéré comme irrelevant : en effet, selon le Hoge Raad, on ne peut exiger de la défenderesse, entreprise concurrente de la demanderesse, qu'elle s'abstienne, uniquement par égard pour cet intérêt, de faire le commerce des articles Grundig et de s'efforcer de briser le monopole de la demanderesse en se procurant directement les articles chez des commerçants étrangers, qui n'avaient assumé aucune obligation envers la demanderesse de ne pas vendre à la défenderesse (1051).

20. La décision eût-elle été la même si l'action avait été intentée par la société Grundig elle-même, au lieu de l'être par la société de distribution néerlandaise (1052) ? On pouvait se le demander, étant donné qu'elle est basée essentiellement sur la circonstance que la faute contractuelle à laquelle il était reproché à la défenderesse de s'être associée ne visait pas le distributeur exclusif, mais uniquement Grundig, qui n'était pas à la cause.

Depuis un arrêt du 12 janvier 1962, le doute n'est plus permis. Les faits étaient analogues à ceux de l'affaire précédente, mais l'initiative de l'action émanait de la société Grundig. Le Hoge Raad rejeta sans ambages le principe posé par l'arrêt Kolynos (1053). « Le fait de faire le commerce avec quelqu'un dont on sait que, ce faisant, il viole une convention conclue avec un tiers n'est pas en soi illicite à l'égard de ce tiers » mais peut le devenir « s'il s'accompagne d'autres circonstances ».

(1050) Hoge Raad, 13 janvier 1961, *Sociaal Economische Wetgeving*, 1961, Afdeling Europa, 1e jaargang, p. 315, K.I.M. Rijwielfabriek c. Sieverding.

(1051) « Dat immers de van K.I.M. te verlangen zorgvuldigheid niet zover gaat, dat zij zich in de concurrentiestrijd met Sieverding alleen om dit belang te ontzien van den handel in Grundigartikelen zou moeten onthouden en niet zou mogen trachten Sieverding's monopoliepositie te doorbreken door die artikelen rechtstreeks te betrekken van Duitse tussenhandelaren, die tegenover Sieverding geen verplichting hadden zich van de verkoop aan K.I.M. te onthouden » (*loc. cit.*, p. 317).

(1052) Note I. Samkalden sous l'arrêt, *loc. cit.*, p. 326 ; M.R. Mok, « Van Kolynos tot K.I.M.-Sieverding », *Sociaal-Economische Wetgeving*, 1961, Afdeling Nederland, 9e jaargang, p. 98 ; voy. aussi S. Fredericq, article cité, note 38.

(1053) H.R., 12 janvier 1962, *Rechtspraak van de week*, 1962, p. 19, Technische Handelsonderneming « Nibeja » N. V. et H. Th. Keijers, c. Grundig Radiowerke, G.m.b.H.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Étant donné que l'arrêt attaqué n'avait pas établi l'existence de pareilles circonstances, il n'a pu légalement tenir le défendeur pour responsable envers Grundig (1054).

21. L'évolution de la jurisprudence néerlandaise est donc extrêmement intéressante pour notre propos. Après avoir admis, pendant vingt-cinq ans, le critère de responsabilité que certains voudraient voir adopter chez nous, la Cour suprême en revient, dans une décision dont l'analogie avec l'arrêt de notre Cour de cassation du 24 novembre 1932 est frappante, à une conception plus stricte de la relativité des conventions. N'est-ce pas là un signe que la théorie de l'arrêt Kolynos n'a pas donné pleine satisfaction à l'usage, et que les restrictions qu'elle imposait à la liberté de contracter des tiers ont paru excessives (1055) ?

2. Le droit anglo-américain.

22. Selon la *Common Law*, le fait pour un tiers de déterminer ou inciter une partie à violer le contrat qui la lie envers une autre (procuring or inducing the breach of a contract) constitue un acte illicite. L'origine de ce « tort » remonte au moyen âge. La grande peste avait décimé la population anglaise, entraînant une grave pénurie de main-d'œuvre ; en vue de faire face à la crise agricole menaçante, l'« Ordonnance des travailleurs » (Ordinance of Labourers), promulguée en 1349, déclara punissable le fait pour un travailleur de quitter son patron, et autorisa ce dernier à intenter une action de « trespass » contre tout tiers qui aurait reçu le travailleur et l'aurait gardé à son service (1056). Toutefois, ce n'est qu'au XIXe siècle que les tribunaux étendirent le principe de l'Ordonnance des travailleurs à des cas où toute relation de commettant à préposé (relationship of master and servant) était absente.

La décision fondamentale fut rendue par la Court of Queen's Bench en 1853 dans la célèbre affaire Lumley v. Gye (1057). La dame Johanna Wagner, chanteuse d'opéra assez connue à l'époque, s'était engagée à chanter exclusivement dans le théâtre appartenant à un sieur Lumley, pendant un terme défini. L'exploitant d'un théâtre concurrent, le sieur Gye, connaissant le contrat entre Lumley et Mme Wagner, et ayant l'intention de méchamment faire du tort à Lumley (maliciously intending to

(1054) « Dat immers het handelen met iemand terwijl men weet, dat deze door dit handelen een door hem met een derde gesloten overeenkomst schendt, op zichzelf jegens dien derde niet onrechtmatig is... dat dit kopen en verder verhandelen wel in verband met andere omstandigheden in strijd kan zijn met de ten aanzien van den fabrikant betamende zorgvuldigheid... ».

(1055) Voy. aussi I. Samkalden, note précitée, p. 325-326.

(1056) Voy. F.B. Sayre, « Inducing breach of contract » (1922-1923), 36 *Harvard Law Review*, p. 663 et suiv.

(1057) 95 *Revised Reports* 501.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

injure the plaintiff), incita Mme Wagner à refuser d'exécuter son contrat et à venir chanter dans son propre théâtre. Quoiqu'une chanteuse d'opéra ayant un contrat à terme défini ne puisse être considérée comme une préposée (servant) tombant dans le champ d'application de la loi de 1349, la Cour décida que le principe énoncé par cette loi lui était applicable, et qu'en la persuadant de rompre son contrat avec le demandeur, Gye avait commis un acte illicite entraînant l'obligation de réparer.

La règle ainsi énoncée fut réaffirmée près de trente ans plus tard (1058) et ultérieurement étendue à des espèces mettant en cause d'autres types de contrats (1059) ; il est admis qu'elle s'applique aujourd'hui quelle que soit la nature du contrat violé (1060).

23. À quelles conditions le tiers verra-t-il sa responsabilité engagée ? Selon Lumley v. Gye, il faut qu'il ait *méchamment incité* le débiteur à violer ses obligations. Analysons brièvement ces deux notions.

1° *La méchanceté*. On s'accorde pour reconnaître que par « méchanceté » (malice), il ne faut pas nécessairement entendre l'intention de nuire à autrui ; si le tiers a agi dans son intérêt personnel, il sera responsable également, à condition que l'atteinte ait été portée intentionnellement. Dès 1901, Lord Lindley, approuvant l'arrêt Lumley v. Gye, s'exprimait ainsi : « Le principe qui se trouve à la base de cette décision frappe tous les actes illicites accomplis intentionnellement dans le but de causer préjudice à un individu déterminé et lui causant effectivement préjudice » (1061).

2° *L'incitation*. Le tiers doit avoir *incité* à la violation du contrat (1062). S'il ne fait qu'accepter une offre qui lui est faite par le débiteur, sa conduite n'encourt aucun reproche, alors même qu'il *savait* qu'en lui faisant cette offre, le débiteur faillissait à ses devoirs envers le créancier (1063).

(1058) Bowen v. Hall (1881), 6 *Queen's Bench Division*, p. 333.

(1059) Temperton v. Russell (1893), 1 *Queen's Bench*, p. 715 (contrat de livraison de matériaux de construction).

(1060) H. Lauterpacht, « Contracts to break a contract », *Law Quarterly Review*, 1936, p. 501 ; W.L. Prosser, *Law of Torts*, St. Paul, Minn., 1955, p. 724 ; Clerk et Lindsell, *On Torts*, Londres, 1961, p. 321.

(1061) Quinn v. Leathem (1901), *Appeal Cases*, p. 495 et 535. Dans le même sens : South Wales Miners' Federation v. Glamorgan Coal C°, Ltd. (1905), *Appeal Cases*, p. 239 et 252 ; Beekman v. Marsters (1907), 195 *Massachussetts Reports*, p. 205 et suiv. ; Campbell v. Gates (1923), 236 *New York Reports*, p. 457 et suiv. ; F.B. Sayre, article cité, p. 674 et 675 ; H. Lauterpacht, article cité, p. 503 ; W.L. Prosser, *op. cit.*, p. 721, 722, 735 et 746 ; Clerk et Lindsell, *op. cit.*, p. 322 et 326.

(1062) En ce sens : F.B. Sayre, article cité, p. 678 et suiv. ; Iyer, *The Law of Torts*, 1932, p. 356, cité par H. Lauterpacht, article cité, p. 504, note 45 ; Chafee (1927-1928), *Harvard Law Review*, vol. 41, p. 971 ; Prosser, *op. cit.*, p. 728 ; Ph.S. James, *General Principles of the Law of Torts*, Londres, 1959 ; Clerk et Lindsell, *op. cit.*, p. 321, 322 et 324.

(1063) Batts Combe Quarry Ltd., v. Ford (1943), *Chancery*, p. 51 ; Sorenson v. Chevrolet Motor Co., 171 *Minnesota Reports*, p. 260 ; Sweeny v. Smith, 171 *Federal Reporter*, p. 645 ; Chafee (1927-1928), 41 *Harvard Law Review*, p. 971 ; W.L. Prosser, *op. cit.*, p. 728 ; S.Ch. Oppenheim,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Certains soutiennent cependant que la simple connaissance du contrat violé suffit à engager la responsabilité du tiers, sans qu'il soit nécessaire de prouver qu'il a incité à la violation (1064). Toutefois, cette opinion est à peu près isolée (1065). Déjà, dans la décision Lumley v. Gye, Erle, J., laissait entendre qu'il fallait que le défendeur ait *incité* le débiteur à violer le contrat (1066). Cette exigence a été confirmée par de nombreuses décisions (1067). On ne trouve guère, à l'appui de l'opinion de Lauterpacht, qu'un *obiter dictum* de Jenkins, L.J., dans l'affaire Thomson v. Deakin (1068), qui a d'ailleurs fait l'objet de critiques en doctrine (1069).

24. On peut donc affirmer que le droit anglo-américain n'admet pas que la simple participation consciente du tiers à l'inexécution du débiteur suffit à fonder sa responsabilité ; il faut qu'il ait agi *intentionnellement* en vue *d'inciter* le débiteur à violer ses engagements envers le créancier. Le parallèle avec le principe énoncé par notre Cour de cassation dans l'arrêt du 24 novembre 1932 est évident. Si le tiers a traité avec le débiteur en utilisant les « méthodes ordinaires de promouvoir et accroître ses propres affaires » (1070), il échappe à la responsabilité, alors même qu'il savait qu'en contractant avec lui, le débiteur commettait une faute contractuelle à l'égard du créancier (1071).

3. Le droit allemand.

25. Le § 823, alinéa 1er, du Bürgerliches Gesetzbuch (B.G.B.) prévoit que quiconque porte atteinte intentionnellement ou par négligence, de façon illicite, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété ou *à un autre droit* d'autrui est tenu de réparer le dommage qui en résulte (1072).

Unfair Trade Practices, *Cases*, *Comments and Materials*, St. Paul, Minn., 1950, p. 1281, note 7 ; Clerk et Lindsell, *op. cit.*, p. 324.

(1064) H. Lauterpacht, article cité, p. 504.

(1065) C'est ce que H. Lauterpacht reconnaît d'ailleurs : *loc. cit.*

(1066) « As in case of the procurement of a breach of contract the action is for a wrong and cannot be joined with the action on the contract, and as the act itself is not likely to be of frequent occurrence nor easy of proof, therefore the actions for this wrong, in respect of other contracts than those of hiring, are not numerous... »

(1067) Voy. les décisions citées *supra*, note 78.

(1068) (1952) *Chancery*, p. 646. Voy. notamment p. 694 : « But the contract breaker may himself be a willing party to the breach, without any persuasion by the third party, and there seems to be no doubt that if a third party, with knowledge of a contract between the contract breaker and another, has dealings with the contract breaker which the third party knows to be inconsistent with the contract, he has committed an actionable interference... ».

(1069) Payne, « Interference with Contracts » (1954), *Current Legal Problems*, p. 111 ; voy. aussi les observations de Morris, L. J., dans la même affaire, *loc. cit.*, p. 702.

(1070) « The ordinary methods of promoting and increasing his own business » : Beekman v. Marsters, 195 *Massachussetts Reports*, p. 205 et suiv.

(1071) *Ibid.*

(1072) « Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Les droits de créance sont-ils protégés par cette disposition ? Si l'inexécution du débiteur est causée par un tiers, le créancier pourra-t-il réclamer des dommages-intérêts à ce tiers en se fondant sur le § 823 B.G.B. ? La doctrine et la jurisprudence s'accordent à répondre par la négative. Le § 823 ne vise que les droits absolus, les droits dont le respect s'impose à tout le monde ; le droit du créancier à obtenir la prestation promise ne tombe pas dans son champ d'application (1073). Le seul fait de porter atteinte, même intentionnellement, à un droit de créance ne suffit donc pas pour engager la responsabilité du tiers (1074).

Cependant, si le tiers agit non seulement *intentionnellement* mais encore d'une manière qui *porte atteinte aux bonnes mœurs*, le § 826 B.G.B. l'obligera à réparer le dommage subi par le créancier (1075). Se conduit d'une manière qui porte atteinte aux bonnes mœurs celui qui ne se conforme pas au sentiment des convenances qu'a toute personne honnête et juste (1076).

26. La jurisprudence a eu l'occasion de faire application de ces principes à des cas dans lesquels un tiers avait participé avec le débiteur à l'inexécution de l'obligation de ce dernier envers le créancier. De manière extrêmement nette, elle refuse de considérer que la simple connaissance par le tiers de l'obligation du débiteur le rend responsable envers le créancier.

Dans une espèce décidée par le Reichsgericht le 25 novembre 1911, une brasserie F. s'était vu reconnaître par un cafetier l'exclusivité de ses fournitures de bières. Ultérieurement, le cafetier éprouva des difficultés financières ; la brasserie F. refusant de lui prêter, il s'adressa à une autre brasserie, en lui proposant de lui accorder l'exclusivité précédemment consentie à la brasserie F., si elle acceptait de lui prêter la somme dont il avait besoin. La seconde brasserie accepta, quoique mise au courant de

zum Ersatzes des daraus entstehenden Schadens verpflichtet ».

(1073) J. Esser, *Schuldrecht*, Allgemeiner und besonderer Teil, 2e éd., Karlsruhe, 1960, p. 845 ; *Das B.G.B. (Groszkommentar der Praxis) herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern*, 11e éd., Berlin, 1960, t. II, 2e partie, §§ 705 à 853, par Fischer, Haager, Kreft, Kuhn et Scheffler, ad § 823, Anmerkung 20 ; Enneccerus, Kipp, Wolff, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, t. II, Recht der Schuldverhältnisse, 15e éd., par H. Lehmann, Tübingen, 1958, p. 938 et suiv. ; K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 3e éd., Munich et Berlin, 1959, t. II, p. 351. Parmi les décisions judiciaires, voy. Reichsgericht, 29 février 1904, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, vol. 57, p. 353 ; 28 décembre 1904, *loc. cit.*, vol. 59, p. 327 ; 28 avril 1919, *loc. cit.*, vol. 95, p. 284 ; 26 septembre 1925, *loc. cit.*, vol. III, p. 302 ; Bundesgerichtshof, 24 février 1954, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, vol. 12, p. 308 ; 22 avril 1958, *loc. cit.*, vol. 27, p. 138.

(1074) *Das B.G.B. (Groszkommentar der Praxis)*, t. II, 2e partie, ad § 826, Anmerkung 28 ; J. Esser, *op. cit.*, p. 851.

(1075) § 826 B.G.B. : « Celui qui, intentionnellement, cause un dommage à autrui d'une manière qui porte atteinte aux bonnes mœurs, est tenu de réparer le dommage ».

(1076) « Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden » : voy. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, vol. 48, p. 124 ; Enneccerus, Kipp, Wolff, Lehmann, *op. cit.*, p. 956.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'existence de la précédente exclusivité. La première brasserie lui intenta une action en responsabilité fondée sur l'article 826 B.G.B. Rejetant la demande, le Reichsgericht déclara : « Celui qui, dans le but de se procurer un avantage patrimonial, participe à la violation d'un contrat conclu entre une autre personne et un tiers, ne commet pas un acte contraire aux bonnes mœurs, en l'absence de circonstances particulières rendant son comportement moralement répréhensible ». En l'espèce, la seconde brasserie n'avait pas incité le cafetier à rompre son contrat ; elle n'avait pas contribué à le rendre infidèle à sa promesse. Au contraire, c'était le cafetier qui avait pris les devants ; elle n'avait fait que profiter d'une occasion qui se présentait à elle. Le tribunal suprême relève en outre que la seconde brasserie n'avait pas exploité la situation financièrement difficile du cafetier, mais lui avait fourni de l'assistance. Le fait que cette assistance n'était pas désintéressée ne suffisait pas à rendre immoral le comportement de la défenderesse (1077).

Dans de nombreuses autres décisions, les tribunaux ont refusé de considérer comme constitutif de « conduite immorale » le fait pour un tiers de participer sciemment à la violation contractuelle du débiteur (1078). Leur attitude est approuvée par la doctrine (1079).

27. En revanche, lorsqu'il existe un véritable concert frauduleux (komplottmässiges Zusammenwirken) entre le tiers et le débiteur, la jurisprudence applique le § 826 sans hésitation (1080). Il en est de même lorsque le tiers a agi consciemment dans le but d'inciter le débiteur à violer ses engagements (1081). Ainsi, lorsque le tiers s'engage à prendre à sa charge les frais de la condamnation dont le débiteur se rend passible envers le créancier en raison de l'inexécution contractuelle, les tribunaux y voient une preuve que le tiers a incité à la violation, et le déclarent responsable envers le créancier (1082).

(1077) Reichsgericht, 25 novembre 1911, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, vol. 78, p. 14 et suiv.

(1078) Reichsgericht, 9 décembre 1905, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, vol. 62, p. 137 ; 30 octobre 1913, *loc. cit.*, vol. 83, p. 237 ; 9 novembre 1917, *loc. cit.*, vol. 91, p. 178 ; 23 janvier 1922, *loc. cit.*, vol. 103, p. 419 ; voy. aussi Reichsgericht, 26 janvier 1910, *Gewerblicher Rechtschutz und Urheberrecht*, 1910, p. 87 ; Bundesgerichtshof, 24 février 1954, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, vol. 12, p. 318.

(1079) *Das B.G.B. (Groszkommentar der Praxis)*, t. II, 2e partie, ad § 826, Anmerkung 28 ; Enneccerus, Kipp, Wolff, Lehmann, *op. cit.*, p. 958 et 959.

(1080) Reichsgericht, 9 décembre 1905, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, vol. 62, p. 137 ; 25 janvier 1924, *loc. cit.*, vol. 108, p. 58 ; voy. aussi : *Das B.G.B. (Groszkommentar der Praxis)*, t. II, 2e partie, ad § 826, Anmerkung 28.

(1081) Reichsgericht, 10 décembre 1912, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, vol. 81, p. 86 : « Das bewuszte Hinwirken eines Dritten darauf, dasz jemand vertragsbrüchig wird, ist in der Regel ein Sittenwidriges ». Voy. aussi Reichsgericht, 23 janvier 1922, précité.

(1082) Reichsgericht, 10 décembre 1912, précité.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

4. Le droit suisse.

28. Les solutions du droit suisse sont semblables à celles que consacre le droit allemand. Seuls les droits absolus font l'objet d'une protection générale en vertu de l'article 41, alinéa 1er, du Code des obligations (1083). L'atteinte portée par un tiers à un droit de créance n'est pas considérée comme « illicite » au sens de cette disposition (1084) ; le tiers n'est responsable que s'il a causé le dommage intentionnellement, d'une manière « contraire aux mœurs » (1085) ou si, en raison des circonstances, son comportement était constitutif de concurrence déloyale (1086). Le tiers qui participe avec le débiteur d'une obligation contractuelle à l'inexécution de celle-ci n'est pas, en règle générale, responsable envers le créancier (1087) ; toutefois, il pourra le devenir si sa conduite est « contraire aux mœurs », et notamment s'il a agi exclusivement en vue de nuire aux intérêts du créancier (1088).

5. Le droit italien.

29. De même qu'en Suisse et en Allemagne, on considère en Italie que seuls les droits absolus, et non les droits de créance, sont protégés par l'article 2043 du Codice civile (1089). Ainsi, lorsqu'un bien est grevé d'une interdiction conventionnelle d'aliéner — laquelle n'a, en vertu du prescrit de l'article 1379 du Codice, d'efficacité qu'entre les parties —, le tiers qui acquiert le bien en violation de la clause d'inaliénabilité ne commet pas un fait illicite au sens de l'article 2043 envers le créancier de l'obligation violée, alors même qu'il connaissait l'existence de la clause (1090).

(1083) « Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer ». Voy. sur ce point : Th. Guhl, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 5e éd., Zurich, 1956, p. 151 ; H. Oser, *Das Obligationenrecht*, Allgemeiner Teil, 2e éd., Zurich, 1929 (dans : *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, par A. Egger, A. Escher, K. Haab et H. Oser), Vorbemerkung zu Art. 1-67, no 10 ; voy. aussi *ibid.*, Art. 41, Anmerkung 15.

(1084) Th. Guhl, *op. cit.*, p. 151.

(1085) Article 41, 2e alinéa, du Code des obligations : « Celui qui cause intentionnellement un dommage à autrui, par des faits contraires aux mœurs, est également tenu de le réparer ». Voy. sur ce point : Th. Guhl, *op. cit.*, *ibid.* ; H. Oser, *op. cit.*, Art. 41, Anmerkung 16 ; *Décisions du Tribunal fédéral*, vol. 52, II, p. 375.

(1086) Il en sera ainsi lorsque le tiers incite des employés d'un concurrent à quitter leur employeur et à venir travailler chez lui, afin de détourner la clientèle de l'autre employeur : H. Oser, *op. cit.*, Art. 48, Anmerkung 20.

(1087) H. Oser, *op. cit.*, Vorbemerkung zu Art. 1-67, no 12 ; Art. 41, Anmerkung 15.

(1088) H. Oser, *op. cit.*, Art. 41, Anmerkung 99.

(1089) « Tout fait doleux ou culpeux qui cause à autrui un dommage injuste oblige celui qui l'a commis à réparer le dommage ». Voy. sur ce point : A. de Cupis, dans A. Scialoja et G. Branca, *Commentario del Codice civile*, Libro quarto, « Delle obbligazioni », art. 1992-2059, Bologne et Rome, 1960, p. 293.

(1090) D. Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, t. Ier, Turin, 1958, p. 478 ; M. Ghiron, dans Amelio et Finzi, *Codice civile*, Commentario, « Libro delle obligazioni »,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La même règle s'applique lorsque le tiers s'associe sciemment à la violation d'une clause de prix imposé (1091), ou lorsqu'il acquiert un droit personnel de jouissance sur un objet, sachant que le propriétaire de cet objet avait déjà consenti un droit pareil à un précédent contractant (1092). Dans toutes ces hypothèses, la simple connaissance par le tiers de l'obligation antérieure du débiteur n'est pas de nature à engendrer dans le chef du tiers l'obligation de s'abstenir de contracter avec le débiteur.

CONCLUSION.

30. L'examen du droit comparé a permis de mettre en lumière le caractère singulièrement concordant des solutions auxquelles aboutissent les droits étrangers relativement aux conditions de la responsabilité du tiers complice. Dans aucun des systèmes examinés, le seul fait pour un tiers de contracter avec un débiteur dont il sait que celui-ci viole, ce faisant, une obligation conventionnelle envers son créancier ne constitue, en l'absence de circonstances particulières, un acte susceptible d'engager la responsabilité du tiers envers ce créancier. Ce n'est que lorsqu'il est établi que le tiers a, d'une façon ou d'une autre, *abusé* de sa liberté de contracter, que l'action du créancier sera déclarée fondée.

L'argument d'autorité que d'aucuns avaient cru pouvoir déduire de la jurisprudence française en faveur de la thèse selon laquelle la simple connaissance de la violation commise par le débiteur suffit à rendre le tiers responsable (1093) s'en trouve singulièrement affaibli. Si les principaux systèmes juridiques du monde occidental accueillent tous, à l'exception du droit français, le critère de responsabilité retenu par notre Cour de cassation dans l'arrêt de 1932, n'est-ce pas la confirmation que, comme nous avons tenté de le démontrer dans la première partie de cette note, les critiques théoriques dont cette décision a fait l'objet sont dénuées de fondement ? N'est-ce pas la preuve également que les craintes exprimées par certains auteurs quant aux répercussions de l'arrêt sur le plan de la moralité commerciale (1094) ne sont pas justifiées ? En effet si, en exigeant que le tiers ait « agi en vue d'aider le débiteur à violer ses engagements », on obligeait le créancier à rapporter une preuve « impossible et inutile », assurant ainsi « pratiquement l'impunité à des actes de

vol. Ier, Florence, 1947, p. 528 et 529.

(1091) M. Ghiron, *op. cit.*, *ibid.*

(1092) D. Barbero, *op. cit.*, t. Ier, p. 482 ; cass. ital., 18 décembre 1950, n° 2789, *Giurisprudenza completa cassazione civile*, 1950, XXIX, III, 664.

(1093) Voy. *supra*, n°s 7 et 17.

(1094) Voy. notamment R. Kirkpatrick, article cité, *R.G.A.R.*, 1933, n° 1126 ; G. Bricmont et R. Gysels, *op. cit.*, p. 94.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

véritable piraterie commerciale » (1095), on ne concevrait pas que les droits étrangers, dans leur impressionnante majorité, imposent la même preuve au créancier, sans qu'apparemment la moralité commerciale s'en ressente.

Pour toutes ces raisons, nous pensons que la solution donnée par notre Cour suprême doit être approuvée.

31. Ayant dégagé les principes qui, selon nous, sont applicables en cette matière, il nous reste à analyser l'ordonnance annotée.

Celle-ci commence par affirmer que « ce n'est qu'en droit pénal qu'une complicité peut exister sans aide directe du complice à la faute de l'auteur principal ». Néanmoins, après avoir constaté qu'il est « actuellement constant que l'apport de G.B.A. à la défenderesse n'a pas été un apport réel et qu'il a fallu que l'acquisition de la marchandise, dont la vente est litigieuse, se fît *après* la constitution de la défenderesse » (1096), elle poursuit en ces termes : « Par cette acquisition la défenderesse prêtait consciemment à G.B.A. une aide sans laquelle G.B.A. n'eût pu consommer la violation qu'elle avait conçue de ses obligations conventionnelles envers les fournisseurs de la marchandise ; il est en effet incontestable qu'étant donné la personnalité des organes de la défenderesse, celle-ci était parfaitement au courant de la fraude commise par G.B.A. à ses engagements contractuels et que par son consentement à l'acquisition elle aidait G.B.A. à consommer cette fraude ».

Sont donc retenus comme suffisants pour établir la faute de Superbazars :

1° La connaissance qu'avait Superbazars de la faute contractuelle (qualifiée, assez singulièrement, de « fraude ») commise par G.B.A. ;

2° Son consentement à l'acquisition de la marchandise dans ces conditions.

Certes, la décision essaie de concilier ce critère avec la formule de l'arrêt de 1932, puisqu'elle relève que, par ses agissements, Superbazars a « aidé G.B.A. à consommer » la faute. Il semble pourtant que ce soit là une concession de pur style : aux termes de l'ordonnance, « l'aide » accordée par Superbazars résulte du seul fait qu'il a consenti à l'acquisi-

(1095) R. Kirkpatrick, article cité, *ibid.*

(1096) Si l'acquisition de la marchandise s'était effectuée par voie d'apport *au moment* de la constitution de la défenderesse, il n'aurait pu être question de tierce complicité de la part de cette dernière, puisque par hypothèse elle aurait acquis les biens indépendamment de sa volonté, en vertu d'un contrat conclu avant qu'elle ne vienne à l'existence. Telle était d'ailleurs la thèse soutenue par la défenderesse devant le président, et qui semblait résulter de ses statuts ; on peut s'étonner dès lors que l'ordonnance ne mentionne pas de façon plus précise pourquoi, à son avis, l'apport stipulé n'a pas été un « apport réel » et pourquoi la date d'acquisition se situait en réalité après la constitution.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tion, sans qu'il soit démontré qu'il a joué un rôle actif en incitant G.B.A. à violer ses engagements. Il est évident que la Cour de cassation n'a pas entendu employer le mot « aider » dans un sens purement passif, puisque dans l'espèce qui lui était soumise, elle a refusé de considérer que le défendeur Rigaux, en vendant ses bières à Lambert, avait « aidé » celui-ci à violer son contrat.

Nous pensons donc qu'en omettant de relever à charge de la défenderesse des faits précis établissant qu'elle avait abusé de sa faculté de contracter, notamment en incitant G.B.A. à la violation de ses obligations envers les demanderesses, l'ordonnance annotée n'a pas légalement justifié sa décision.

* * *

Malgré les réactions assez vives auxquelles donna lieu cette publication (1097), j'eus la satisfaction de voir, quelques années plus tard, que la Cour de cassation de Belgique se ralliait à l'interprétation restrictive de la notion de tierce complicité (1098).

Les membres de réseaux de vente à prix imposés recouraient souvent aussi au boycott des commerçants qui ne respectaient pas les restrictions qui leur étaient imposées. La jurisprudence dominante, assez laxiste, ne me paraissait pas pouvoir être maintenue de manière durable à l'heure du droit européen. C'est ce que j'essayai de démontrer dans une note sous un arrêt de la Cour de cassation de Belgique.

« Prix imposés et refus de vente en droit belge »,
Revue critique de jurisprudence belge,
1965, pp. 12-23.

NOTE.

1. Le présent arrêt illustre une nouvelle fois la lutte déjà longue (1099) qui oppose les membres de la « Réglementation Union-Spépha », association sans but lucratif ayant, entre autres objectifs, celui de veiller au respect des prix imposés des spécialités pharmaceutiques et d'en

(1097) Je reçus même un appel téléphonique comminatoire d'une de mes connaissances qui était à l'époque conseiller juridique de la Fédération des industries belges.

(1098) Cass. b., 18 mai 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 990.

(1099) Dans son article sur « Le boycottage commercial en droit privé », le professeur DEL MARMOL cite des décisions remontant jusqu'au début du siècle. Voyez *Ann. dr. Liège*, 1956, p. 99 et suiv.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

sanctionner l'inobservation, aux pharmaciens qui acceptent d'accorder des remises à leurs clients. On se souvient qu'en 1956, le pharmacien Gripekoven, qui n'était pas membre de l'association, s'était heurté au refus généralisé, de la part des producteurs, importateurs et grossistes adhérant à cette association, de lui livrer des produits pharmaceutiques. Ce refus était motivé par le fait que le pharmacien Gripekoven accordait à ses clients des ristournes « au comptoir » d'un montant de 10 p. c. du prix des médicaments imposé par les fabricants, attitude que l'Union-Spépha sanctionnait sévèrement, notamment par l'interdiction faite à ses membres d'avoir des relations d'affaires avec le contrevenant.

Le recours en indemnité que le pharmacien Gripekoven avait intenté contre cette mise en interdit était demeuré infructueux. Confirmant un jugement du tribunal civil de Bruxelles (1100), la cour d'appel avait débouté le demandeur, affirmant que si, en principe, le boycottage est un procédé condamnable, « il n'en est plus ainsi lorsque la prohibition s'avère comme une mesure défensive inspirée par le désir d'éviter, par l'avilissement des prix, de déconsidérer la profession ou d'en diminuer la rentabilité » (1101). Un pourvoi contre cet arrêt fut rejeté pour le motif que « la libre concurrence ne constitue pas un droit absolu mais est limitée par l'existence de droits égaux dans le chef d'autrui ; que l'exercice de ces droits par un groupement ne peut constituer une faute dès lors qu'il est constaté en fait, comme en l'espèce, que *cette entente poursuit la défense d'un intérêt légitime* du groupement en se protégeant contre l'avilissement des prix en vue du maintien de la qualité des produits et d'une rémunération décente de la profession » (1102).

2. Quelques jours après la prononciation de l'arrêt, un arrêté royal modifiait l'état du droit en la matière (1103). L'article 2 de cet arrêté subordonne en effet l'autorisation de fabriquer ou d'importer des spécialités pharmaceutiques à une décision du Ministre de la santé publique et de la famille ; l'article 3 prévoit que pour obtenir cette autorisation, « le demandeur doit : ... 3° s'engager à vendre des médicaments à tous les commerçants en gros, distributeurs en gros, et pharmaciens d'officine ... ». Sous peine de s'exposer au retrait de l'autorisation, les fabricants et importateurs parties à l'Union-Spépha durent changer de tactique : au lieu de refuser purement et simplement de vendre aux grossistes fournissant les pharmaciens « bradeurs », ils réduisirent la marge bénéficiaire de 12,5 p. c. habituellement consentie aux grossistes.

(1100) 21 mars 1956, *Journ. trib.*, 1956, p. 342.

(1101) Bruxelles, 28 mai 1958, *Pas.*, 1959, II, 55.

(1102) Cass., 2 juin 1960, *Rev. crit. jur. belge*, 1961, p. 206 et observations de J. Dassesse, « Organisation de la concurrence et intérêt général ».

(1103) Arrêté royal du 6 juin 1960 relatif à la fabrication, à la préparation et à la distribution en gros de médicaments et à leur dispensation (*Monit. belge* du 22 juin).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

C'est la mise en pratique successive de ces deux procédés — refus de vente, conditions de vente discriminatoires — en vue de contraindre des tiers à conformer leur comportement commercial aux méthodes préconisées par la Réglementation Union-Spépha, et d'empêcher ainsi une baisse du prix de vente au détail des médicaments, que le ministère public considéra comme répréhensible et qui fit l'objet des poursuites dans la présente espèce.

3. Nous examinerons dans la présente étude l'état du droit belge en matière de prix de revente imposés ; nous nous demanderons plus particulièrement dans quelles conditions peut être constitutif de délit le fait pour les membres d'une organisation privée, telle que la Réglementation Union-Spépha, d'entreprendre une action collective en vue de maintenir les prix au niveau maximum autorisé par la loi, en infligeant des sanctions économiques aux tiers dont l'activité risquerait de contrecarrer cette politique. Nous rechercherons si, à la lumière des principes dégagés, la décision annotée est justifiée.

4. Il ne fait aucun doute que, jusqu'à présent du moins, il était parfaitement licite, en droit belge, pour un vendeur d'imposer à son acheteur l'obligation de ne pas revendre à un prix inférieur à un minimum contractuellement convenu. Certes, la validité de ces « clauses de prix imposés » a quelquefois été contestée, au nom du droit de propriété ou de la liberté du commerce ; toutefois, la grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence admettent que si, en principe, l'acheteur acquérant la propriété de la marchandise doit être libre d'en fixer les conditions de revente, ce droit peut trouver une limite dans les engagements qu'il a pris vis-à-vis de son fournisseur (1104).

De même, ne peut être contesté, dans la conception traditionnelle, le droit pour un industriel ou un commerçant de refuser de contracter si les conditions proposées par l'autre partie ne lui conviennent pas ou, ce qui revient au même, si l'autre partie n'accepte pas les conditions qui lui sont faites. Tout commerçant peut librement choisir ses clients ; il peut refuser de vendre à un intermédiaire ou à un détaillant si celui-ci ne s'engage pas à respecter les prix imposés. Ce n'est là qu'une application du principe de l'autonomie de la volonté, consacré par l'article 1134 du Code civil.

(1104) R. Piret, « La politique des prix minimum imposés et la jurisprudence belge », *Ann. dr. sc. pol.*, 1934-1935, p. 99 et 100, et les références citées ; J. Limpens, *Prijshandhaving buiten contract bij verkoop van merkartikelen*, Bruxelles, 1943, n°s 23 et suiv. ; M. Hoornaert, *La politique des prix imposés*, Bruxelles, 1939 ; L. Fredericq, *Traité de droit commercial belge*, t. II, n° 192 ; Ch. del Marmol, « Le boycottage commercial en droit privé » (cité *supra*, note 1), p. 99 à 110 ; L. Van Bunnen, « Effets à l'égard des tiers de quelques conventions conclues par autrui », *Journ. trib.*, 1956, p. 245 et suiv. ; J. Limpens, J. Heenen, E. Gutt, J. Matthys et J. Van Damme, *La vente en droit belge*, Bruxelles et Paris, 1960, n°s 1331 et 1332.

Dans son arrêt du 2 juin 1960 (cité *supra*, note 4), la Cour de cassation a estimé qu'une entente de prix imposés poursuivait « la défense d'un intérêt légitime ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

5. La question devient plus délicate lorsqu'on ne se trouve pas en présence d'un vendeur isolé, en concurrence avec d'autres, qui s'efforce de vendre ses produits aux conditions les plus avantageuses pour lui, mais lorsque plusieurs vendeurs s'engagent les uns vis-à-vis des autres à exiger de leurs acheteurs le respect des prix maximaux que chacun a stipulés pour ses produits, et à refuser toute livraison à quiconque s'abstient de prendre cet engagement ou fournit à un commerçant qui s'abstient de prendre cet engagement. Lorsqu'intervient pareille mise en interdit contre un tiers qui refuse de s'engager, la victime n'est-elle pas fondée à y voir une atteinte à son droit au libre exercice du commerce puisque, quoique non partie à l'accord, elle se voit pratiquement contrainte, si elle désire poursuivre son activité commerciale, d'en respecter les termes ?

Certaines décisions ont estimé que lorsque le refus collectif d'avoir des relations d'affaires visait à l'accaparement du marché, de façon à exclure toute concurrence, il devait être considéré comme illicite (1105). Toutefois, ce critère a été rejeté par la doctrine ; on a fait valoir que rien, selon le droit positif, ne s'oppose à ce qu'une entreprise tente d'acquérir une situation de monopole, aussi longtemps que les moyens mis en œuvre ne sont pas illicites : or le refus de contracter n'a pas, par lui-même, ce caractère (1106). Lorsque le boycottage n'est qu'une mesure de défense prise en vue d'empêcher que les tiers ne fassent, en consentant des rabais sur les prix, une concurrence ruineuse aux membres du groupement, il n'est pas constitutif de faute. La Cour de cassation l'a rappelé récemment, dans son arrêt du 2 juin 1960, dans les termes suivants (1107) :

> « Attendu que les demanderesses font valoir en outre que la mise en interdit ou « boycott » organisé par la défenderesse est illicite comme portant atteinte à la liberté contractuelle, à la liberté d'association et à la liberté du commerce ;
>
> « Attendu que l'arrêt relève que le droit que les demanderesses invoquent « pour elles-mêmes peut, au même titre, être réclamé par la défenderesse et ses membres et que ces derniers peuvent se prévaloir — sous réserve de n'être point guidés par l'intention de nuire — du droit de ne céder à des tiers ce qu'ils ont fabriqué ou acquis que moyennant l'acceptation de conditions jugées nécessaires à la sauvegarde de leur profession et librement consenties ; que le refus d'y souscrire ou de les respecter justifie d'une façon suffisante de la part de l'intimée (défenderesse) ou le refus de contracter ou le rappel à ses contractants des engagements pris par eux envers elle » ; que l'arrêt justifie ainsi légalement sa décision ».

(1105) Liège, 1er février 1934, *Pand. pér.*, 1934, n° 184 ; comm. Bruxelles, 13 février 1934, *Rev. gén. ass. et resp.*, 1934, n° 1623, confirmé par Bruxelles, 18 janvier 1936, *ibid.*, 1936, n° 2122.

(1106) R. Piret, article cité *supra*, note 6, p. 107 ; voy. aussi Ch. del Marmol, article cité *supra*, note 1, p. 99 à 110.

(1107) Arrêt cité *supra*, note 4.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Mais si la mesure a pour but exclusif la destruction d'autres personnalités économiques, si ses auteurs refusent, par exemple, de tenir compte d'une offre éventuelle du concurrent évincé de se rallier aux conditions imposées par le groupement, elle aura un caractère agressif qui la rendra condamnable aux yeux des tribunaux (1108).

6. Il apparaît donc que, selon la doctrine et la jurisprudence traditionnelles, le refus concerté de vente, même lorsqu'il est pratiqué par un groupement disposant d'une puissance économique prépondérante sur le marché, n'est pas fautif en soi.

Même dans les cas où la jurisprudence lui reconnaît un caractère « agressif », le boycottage constitue tout au plus une faute civile ; il n'est pas réprimé comme tel par la loi pénale. Certes, l'article 419 du Code pénal de 1810 punissait « toux ceux qui ... par réunions ou coalitions entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée, tendant à ne ... la vendre qu'à un certain prix ..., auront opéré la hausse ... du prix des denrées ou marchandises au-dessus ... des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce » ; toutefois, il a été abrogé par l'article 311 du Code de 1867, qui ne vise que le fait d'opérer la hausse ou la baisse des prix « par des moyens frauduleux ».

7. Depuis lors, l'arsenal répressif a été complété par la loi du 18 juillet 1924 sur les spéculations illicites, prise pour mettre un terme à certaines pratiques auxquelles avaient donné lieu les brusques fluctuations de prix pendant la période suivant la fin de la première guerre mondiale (1109). L'article 1er de cette loi punit de peines d'amende et d'emprisonnement « ceux qui, *même sans l'emploi de moyens frauduleux* (1110), auront volontairement opéré, maintenu ou tenté de maintenir sur le marché national la hausse ... anormale du prix des denrées ou marchandises ..., soit par des interdictions ou des conventions ayant pour objet la détermination de prix minima ... de vente, soit par des restrictions à la production ou à la libre circulation des produits ».

Cette loi, elle aussi, n'a été que rarement appliquée à l'hypothèse d'un boycott : l'exigence que la hausse opérée ou maintenue ait un caractère « anormal » a conduit les juges à adopter une attitude restrictive, d'ail-

(1108) Courtrai, 9 novembre 1939, *R.W.*, 1939-1940, col. 891 ; Bruxelles, 2 décembre 1959, *Rev. gén. ass. et resp.*, 1961, n° 6640 ; Bruxelles, 16 mai 1963, *Journ. trib.*, 1963, p. 434. Voy. aussi : Ch. del Marmol, note dans *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1963, p. 323 ; R. Piret, article cité *supra*, note 6, p. 101 ; M. Gotzen, *Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtmatige mededinging*, Bruxelles, 1963, t. II, nos 1236 et 1237 ; *Id.*, « Exclusivités d'approvisionnement, primes de fidélité, abus de puissance économique et concurrence déloyale », *Journ. trib.*, 1964, p. 706 et 707.

(1109) Voy., au sujet de cette loi, Cattier, *Des spéculation illicites*, Bruxelles, 1926.

(1110) C'est nous qui soulignons.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

leurs confirmée par les travaux préparatoires (1111). Dans son arrêt du 2 juin 1960 (1112), la Cour de cassation, saisie d'un moyen invoquant la violation de la loi de 1924, a précisé que pour être punissable, l'auteur de l'opération devait avoir eu la volonté de poursuivre une spéculation illicite : une entente visant simplement à la « défense d'un intérêt légitime », tel que le maintien d'une rémunération décente de la profession, n'est donc pas interdite par la loi.

8. La rareté des denrées à la fin de la deuxième guerre mondiale et les trafics frauduleux auxquels elle donna naissance, incitèrent le législateur à intervenir à nouveau : ce fut l'arrêté-loi du 22 janvier 1945 concernant la répression des infractions à la réglementation relative à l'approvisionnement du pays. L'article 1er, § 2, de cet arrêté interdit de pratiquer des prix supérieurs aux prix normaux, et l'article 4 défend « à quiconque de soustraire à la circulation des produits ... *b*) en refusant de les vendre ou de les livrer ; *c*) en en subordonnant la vente ou la livraison à des conditions non conformes aux modalités fixées par le ministre compétent ».

Ces dispositions peuvent-elles être invoquées pour fonder des poursuites contre des pratiques tendant à maintenir les prix imposés en refusant de vendre, ou en imposant des conditions discriminatoires, aux détaillants qui accordent des ristournes à leurs clients ? C'est sur cette question, assurément nouvelle, que l'arrêt eut à se prononcer.

9. La décision commence par écarter, pour des motifs de droit, l'application de l'article 4 de l'arrêté-loi du 22 janvier 1945. Cette disposition ne condamne pas, selon la Cour, le refus de vente comme tel ; elle ne le punit que lorsqu'il est utilisé comme moyen en vue de soustraire des produits à la circulation. Or, en l'espèce, le refus était motivé par le fait que certains grossistes ne souscrivaient pas aux conditions qui leur étaient proposées, ou ne les respectaient pas après les avoir acceptées ; il n'avait donc pas pour but de soustraire des produits à la circulation, mais seulement de soumettre la distribution de ces produits à certaines restrictions qui, en elles-mêmes, n'étaient pas illicites. L'arrêt ajoute qu'il était établi que ces conditions étaient acceptées par un grand nombre de grossistes, ce qui permettait d'écarter, en fait, la prévention de soustraction de produits à la circulation.

10. L'interprétation ainsi donnée à l'article 4 de l'arrêté-loi du 22 janvier 1945 est conforme aux conceptions traditionnelles du droit belge. Lorsqu'un groupement poursuit la défense d'un intérêt légitime — et l'on sait que la jurisprudence considère comme tel la protection contre

(1111) Corr. Bruxelles, 30 mai 1928, *Pas.*, 1928, III, 132 ; R. Piret, article cité *supra*, note 6, p. 105.

(1112) Cité *supra*, note 4.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'avilissement des prix des médicaments (1113) —, il a, nous l'avons vu, le droit de faire pression sur des tiers, notamment en interdisant à ses membres d'avoir des relations d'affaires avec eux, afin d'amener ces tiers à modifier leur comportement et à l'aligner sur le sien (1114). Si, du fait de cette action concertée, une partie des produits est soustraite à la circulation, n'étant plus vendue à ces tiers, cette seule circonstance ne suffit pas à faire tomber le refus de vente sous le coup de la loi pénale. Il faudrait un texte exprès pour qu'on puisse admettre une atteinte aussi profonde aux principes fondamentaux de notre droit en cette matière (1115).

11. La question de savoir si les prévenus s'étaient rendus coupables de vente « à des prix supérieurs aux prix normaux » (1116) était plus délicate. Certes, les prix imposés par la Réglementation Union-Spépha pour la vente au détail des médicaments, quoique uniformément fixés à la limite supérieure autorisée en vertu de l'article 2 de l'arrêté-loi du 22 janvier 1945, ne dépassaient jamais ce maximum. Toutefois, l'arrêté-loi du 14 mai 1946 « renforçant le contrôle des prix » dispose que « Tout prix, même égal ou inférieur aux maxima prévus par la réglementation pénale en vigueur, est illicite, s'il entraîne, pour l'opération envisagée, la réalisation d'un bénéfice anormal, notamment à la suite de la surévaluation d'un des éléments du prix ».

On pouvait se demander si, en obligeant les détaillants à pratiquer systématiquement, sans exception, le prix maximum toléré, et en boycottant ceux qui accordaient des remises ou dos ristournes, les membres de la Réglementation Union-Spépha ne contrevenaient pas à l'interdiction de vendre à un prix anormal. Les hésitations à ce sujet étaient d'autant plus justifiées que l'existence même de « bradeurs », vendant avec une marge bénéficiaire moindre, semblait confirmer le caractère antiéconomique de la pratique consistant à obliger tous les pharmaciens, quel que soit leur chiffre d'affaires, la rentabilité de leur exploitation, l'importance de leurs frais généraux, à vendre, bon gré, mal gré, à un prix uniforme.

12. Dans un arrêt antérieur, la Cour de Bruxelles avait décidé que la vente de certains articles au prix « catalogue », c'est-à-dire au prix conseillé par le fabricant, pouvait constituer une vente à prix anormal lorsqu'il appa-

(1113) Cass., 2 juin 1960, cité *supra*, note 4.

(1114) Voy. *supra*, n° 5.

(1115) À bon droit, l'arrêt refuse de considérer que l'article 3, § 1er, de l'arrêté royal du 6 juin 1960, aux termes duquel tout fabricant ou importateur de médicaments s'engage à vendre ceux-ci *à tous les commerçants en gros, distributeurs en gros et pharmaciens d'officine*, contient une incrimination pénale du refus de vente. La violation de l'engagement assumé par le fabricant n'est pas sanctionnée pénalement ; seuls, la suspension ou, en cas de récidive, le retrait de l'autorisation de fabriquer ou d'importer peuvent être prononcés (art. 51).

(1116) Arrêté-loi du 22 janvier 1945, article 1er, § 2.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

raissait qu'à l'époque des faits, les articles en question étaient vendus sur le marché par les détaillants pratiquant le commerce dans des conditions semblables à celles des prévenus, de 10 à 25 p. c. en dessous des prix « catalogue » (1117). Dans le même ordre d'idées, on eût pu prétendre que la Réglementation Union Spépha avait pour objet de contraindre les pharmacies les plus rentables à la réalisation de bénéfices anormaux en les privant du droit d'accorder des ristournes.

Certes, les poursuites avaient été entamées non contre les détaillants vendant au prix plein, mais contre les producteurs et importateurs. Or, selon l'arrêt, la réalisation par ces derniers d'un bénéfice anormal n'avait nullement été établie. On peut toutefois se demander si les arguments invoqués sont pleinement convaincants. À titre de sanction contre les grossistes qui fournissaient les pharmaciens « bradeurs », les fabricants avaient réduit la ristourne de 12,5 p. c. qui constituait le bénéfice maximum auquel les grossistes avaient droit en vertu de la loi. On peut considérer, avec l'arrêt, qu'en fixant le bénéfice du grossiste à un maximum de 12,5 p. c., le législateur n'a pas entendu signifier que ce bénéfice devait, en tout état de cause, atteindre ce maximum ; en cas d'intervention successive de plusieurs grossistes, notamment, il doit être permis de n'accorder au sous-grossiste qu'une marge moindre. De même, il doit être permis au fabricant qui exerce lui-même certaines fonctions de grossiste de conserver par devers lui la partie du pourcentage qui correspond aux services qu'il rend. En l'espèce, cependant, la réduction de la ristourne était dénuée de justification objective ; elle tendait uniquement à faire pression sur certains grossistes pour qu'ils cessent de livrer des médicaments aux pharmaciens qui ne respectaient pas les prix minimaux. Simultanément, elle entraînait une augmentation du bénéfice réalisé par le fabricant, augmentation qui ne se trouvait pas justifiée par une aggravation de ses charges. Dans ces circonstances, on peut se demander si elle n'entraînait pas la réalisation d'un bénéfice anormal (1118).

13. Un autre aspect du problème est laissé dans l'ombre par l'arrêt annoté. Il s'agit des conséquences de l'entrée en vigueur du Traité de

(1117) Bruxelles, 26 avril 1961, *Journ. trib.*, 1961, p. 502, note L. Van Bunnen ; *Ing.-cons.*, 1961, p. 335, note A. De Caluwé.

(1118) Depuis la prononciation de l'arrêt, la « querelle des prix imposés » dans le secteur des spécialités pharmaceutiques a reçu une solution par l'arrêté royal du 17 avril 1964 réglementant les ristournes accordées sur le prix des spécialités pharmaceutiques (*Monit. belge* du 21 avril, p. 4364). L'article 1er oblige les pharmaciens à « vendre au public les spécialités pharmaceutiques au prix indiqué sur l'emballage du produit ». La possibilité d'accorder des ristournes est limitée quant à son montant (10 p. c. au maximum) et quant au délai dans lequel la ristourne peut être payée (voy. articles 2 et 5). Il y aurait beaucoup à dire sur la compatibilité de cet arrêté avec les obligations que notre pays a assumées en vertu du traité de Rome instituant la Communauté économique européenne. Cela sortirait toutefois du cadre de la présente étude.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Rome (1119) et, plus spécialement, du Règlement n° 17 pris pour l'application des articles 85 et 86 de ce traité (1120).

On sait que l'article 85 du traité interdit tous accords entre entreprises ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun et qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres. Parmi les accords interdits, ceux qui consistent en la fixation directe ou indirecte des prix de vente, de même que ceux en vertu desquels des conditions inégales sont appliquées à des prestations équivalentes, sont expressément cités (1121). En vertu du § 2, les accords interdits sont nuls de plein droit.

Il est généralement admis aujourd'hui que cette prohibition frappe non seulement les accords « horizontaux », c'est-à-dire ceux qui sont conclus entre entreprises se situant au même niveau de la production ou de la distribution, mais aussi les accords « verticaux », tels que les accords de prix imposés (1122).

De même, l'article 86 frappe d'interdiction, dans la mesure où le commerce entre les États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter d'une façon abusive une position dominante sur le marché commun ou sur une partie substantielle de celui-ci. L'imposition de prix de vente et la pratique de conditions discriminatoires figurent également parmi l'énumération des comportements interdits (1123).

14. Quel est l'effet de ces dispositions sur les conceptions traditionnellement admises en droit belge ?

Certains ont tenté d'en minimiser la portée, en insistant sur le caractère de « droit spécial » qu'aurait le traité par rapport au droit interne

(1119) Traité instituant la Communauté économique européenne, signé à Rome, le 25 mars 1957.

(1120) Premier Règlement d'application des articles 85 et 86 du Traité, adopté par le Conseil le 6 février 1962, *Journal officiel des Communautés européennes*, 21 février 1962, p. 204. Ce règlement est entré en vigueur vingt jours après la date de sa publication, conformément à l'article 191, soit le 13 avril 1962.

(1121) Voy. article 85, § 1er, litt. *a* et *d*.

(1122) Telle est la position prise par le Conseil (voy. article 4, (2), 2, *a*, du Règlement n° 17) et par la Commission (voy. Formulaire *B*1 annexé au Règlement n° 153 de la Commission, du 21 décembre 1962, *Journal officiel des Communautés européennes*, 24 décembre 1962, n° 139, p. 2920).

Parmi les auteurs, voy. surtout la remarquable étude du professeur E. Steindorff, *Problèmes des prix imposés dans le Marché commun*, Leyde (Sijthoff), 1962, p. 9 à 14. Voy. en outre : E. Wohlfarth, U. Everling, H.J. Glaesner et R. Sprung, *Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, Berlin, 1960, Article 85, Anmerkung 6 ; G. Kleemann, *Die Wettbewerbsregeln der E.W.G.*, Baden-Baden, 1962, p. 30 ; W. Knopp, « Ueber die Anwendbarkeit von Artikel 85 des E.W.G.-Vertrags auf Individualverträge », *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1962, p. 269.

(1123) Article 86, alinéa 2, litt. *a* et *c*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

belge (1124). S'il est vrai que les interdictions des articles 85 et 86 ne visent que les pratiques « susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres », il ne faut pas perdre de vue que dans un pays comme la Belgique, la plupart des restrictions de la concurrence ayant une certaine importance sont capables d'exercer des répercussions au-delà de nos frontières ; ce phénomène se réalisera de plus en plus souvent au fur et à mesure que l'intégration économique progressera. Il est donc impossible de réduire les effets du traité à ceux d'un simple droit spécial.

Dès aujourd'hui, il est certain que les interdictions édictées doivent être pleinement appliquées par les juridictions belges comme faisant partie intégrante de notre législation nationale (1125). Les prix imposés doivent donc être considérés comme illicites dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté ; il en sera de même des accords en vertu desquels deux ou plusieurs entreprises conviennent de refuser de vendre, ou d'imposer des conditions défavorables, aux commerçants qui ne respectent pas les prix minimaux et aux intermédiaires qui livrent à ces détaillants. Par contre, le refus de vente ou la subordination de la vente à des conditions discriminatoires ne seront condamnés, lorsqu'ils sont le fait d'entreprises isolées, que lorsqu'ils constituent un abus de position dominante sur le Marché commun au sens de l'article 86 (1126).

15. L'interdiction des ententes édictée à l'article 85 n'est pas inconditionnelle : le § 3 de cette disposition prévoit la possibilité de la déclarer inapplicable aux accords qui remplissent certaines conditions. Pour obtenir pareille déclaration d'inapplicabilité, les entreprises doivent notifier leurs accords à la Commission dans certains délais ; celle-ci statue après avoir mis les intéressés en demeure de présenter leurs observations (1127). Seuls, les accords peu importants sont dispensés de notification (1128).

Il en résulte que si un accord remplit les conditions pour pouvoir bénéficier d'une déclaration au sens de l'article 85, § 3, soit qu'il ait été notifié dans les délais, soit qu'il soit dispensé de notification, il ne pourra pas être considéré comme interdit en vertu du § 1er ni comme

(1124) M. Gotzen, *Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtmatige mededinging*, t. Ier, nos 586 et suiv. Voy. aussi, du même auteur, « Exclusivités d'approvisionnement, primes de fidélité, abus de puissance économique et concurrence déloyale », *Journ. trib.*, 1964, p. 705.

(1125) Dans son arrêt du 26 janvier 1963, la Cour d'appel de Paris a affirmé que le droit communautaire s'impose aux tribunaux nationaux avec la force même du droit interne ; cf. *Journ. trib.*, 1963, p. 169, et la note A. Braun. Voy. dans le même sens : Bruxelles, 25 juin 1964, *Journ. trib.*, 1964, p. 576, note F. Rigaux.

(1126) Wohlfarth, Everling, Glaesner, Sprung, *op. cit.*, Article 85, Anm. 9, et Article 86, Anm. 7 ; H. Drion, « Restraint of Buyer's Freedom under Article 85 », *Common Market Law Review*, 1963-1964, p. 148 et suiv.

(1127) Règlement no 17, articles 4, 5, 6, 7, 8 et 19.

(1128) Articles 4, § 2, et 5, § 2, du Règlement no 17.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

nul de plein droit en application du § 2 (1129). Mais si l'accord n'est plus susceptible d'être exempté (1130), il doit être tenu pour interdit et nul par les tribunaux : en effet, seule la Commission est compétente pour relever un accord de l'interdiction en vertu de l'article 85, § 3, et elle ne peut le faire qu'en observant les formalités prescrites par le Règlement n° 17 (1131).

16. L'article 86, interdisant l'abus de position dominante, est par contre inconditionnel. Dès qu'un tribunal constate qu'une pratique donnée constitue un abus au sens de cette disposition, et que le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, il doit en tirer les conséquences sur le plan civil. Contrairement à la loi belge du 27 mai 1960, selon laquelle un abus de puissance économique n'existe qu'après constatation par le pouvoir exécutif qu'il est contraire à l'intérêt général (1132), l'article 86 énonce lui-même le principe de l'interdiction ; aucune intervention préalable d'une autorité quelconque n'est requise pour que l'abus puisse être constaté par le juge (1133).

17. Les interdictions énoncées par les articles 85 et 86 du traité exerceront une influence profonde sur les conceptions traditionnellement admises en matière d'ententes de prix et de refus de vente. Considéré jusqu'aujourd'hui comme licite en principe, l'accord de prix imposés — à condition qu'il soit susceptible d'affecter le commerce entre États membres — ne sera admis que s'il a fait l'objet d'une décision favorable de la Commission. De même, la mise en interdit imposée par un groupement à titre de sanction contre les tiers qui ne respectent pas les prix imposés tombera, en règle générale, sous le coup des dispositions du traité ; il n'en sera autrement que lorsque l'accord prescrivant l'imposition de prix et obligeant les parties à s'abstenir de traiter avec les entreprises qui fourniraient une aide directe ou indirecte aux « bradeurs » a été autorisé par la Commission et qu'en outre, la mesure de boycottage en elle-même n'est pas constitutive d'abus.

(1129) Cette solution résulte de l'arrêt du 6 avril 1962 de la Cour de justice des Communautés européennes, en cause Bosch contre De Geus, *Rec. de la jurisprudence de la Cour*, 1962, t. VIII, p. 89 et suiv.

(1130) Soit que la Commission ait refusé de lui accorder le bénéfice de l'article 85, § 3, soit qu'il s'agisse d'un accord soumis à l'obligation de notification et qui n'a pas été notifié dans les délais.

(1131) Article 9, § 1er, du Règlement.

(1132) M. Gotzen, article cité, *Journ. trib.*, 1964, p. 707 ; M. Fontaine, R. Destexhe, Ch. Unikowsky et A. Marlier, « Conséquences civiles de l'application des règles de concurrence », *Ann. dr. Liège*, 1962, p. 54 à 58 ; P. Van Reepinghen et M. Waelbroeck, « La législation belge concernant les pratiques restreignant la concurrence », *Rapports au Colloque international de droit européen*, Bruxelles (Bruylant), 1962, p. 190 et 191. *Contra*, mais à tort, selon nous : Bruxelles, 1er juin 1962, *Journ. trib.*, 1962, p. 459, et 16 mai 1963, *Journ. trib.*, 1963, p. 434.

(1133) *Contra* : app. Amsterdam, 28 juin 1962, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1962, n° 218.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Certes, les règles du traité ne sont pas sanctionnées par le droit pénal belge. C'est à la Commission seule, sous le contrôle de la Cour de justice des Communautés, que le Règlement n° 17 confie la tâche de prononcer des amendes et des astreintes à charge des contrevenants (1134) ; il est expressément spécifié que ces sanctions n'ont pas un caractère pénal (1135). Par elle-même, une violation du traité ne peut donc pas donner lieu à l'intentement de poursuites devant les juridictions correctionnelles.

Toutefois, lorsque des fabricants subordonnent la vente de leurs produits à l'acceptation par leurs partenaires de prix imposés, et refusent de vendre à ceux qui ne respectent pas ces prix, on peut se demander s'ils ne commettent pas une infraction à l'article 4 de l'arrêté-loi du 22 janvier 1945. N'y a-t-il pas, en effet, soustraction de produits à la vente, puisque les fabricants refusent de s'en dessaisir sauf à des conditions illicites ?

Il ne nous paraît pas que l'arrêt ait consacré une attention suffisante à cet argument. Il ne pouvait se borner à constater que « les conditions préconisées par l'Union-Spépha ... peuvent assurément prêter à discussion (voy. Traité de Rome, article 85...) » tout en ajoutant que « leur licéité en droit interne a été implicitement reconnue par l'arrêt prérappelé de la Cour de cassation » (1136). Quoique non sanctionnées pénalement, les dispositions du traité n'en interdisent pas moins certains accords et pratiques ; il n'est pas possible d'en faire abstraction lorsqu'on a à apprécier leur licéité au regard du droit interne. À notre avis, la Cour aurait dû pousser plus loin ses investigations et vérifier si, en l'espèce, l'accord sur la vente des spécialités pharmaceutiques était susceptible d'affecter le commerce entre les États membres et, dans l'affirmative, s'il avait été notifié à la Commission dans les délais prévus au Règlement n° 17, ou s'il était de ceux qui sont dispensés par ce Règlement de l'obligation de notification. Si la réponse à ces deux dernières questions était négative, l'accord tombait irrémédiablement sous l'interdiction de l'article 85, § 1er, ce qui ne pouvait manquer d'avoir une incidence sur le jugement à porter sur la conduite des prévenus (1137).

(1134) Articles 15, § 2, et 17 du Règlement n° 17.

(1135) Article 15, § 4.

(1136) Il s'agit de l'arrêt du 2 juin 1960, cité *supra*, note 4.

(1137) Le 5 juin 1964, le gouvernement déposa au Sénat un projet de loi sur les prix et sur certaines pratiques du commerce (*Doc. parlem.*, Sénat, session 1963-1964, n° 268). L'article 5 confie au Ministre des affaires économiques le pouvoir d'interdire, pour les produits qu'il détermine, l'imposition d'un prix minimum de vente et la fixation de prix de catalogue, de prix de référence ou autre prix indicatifs. L'article 7 dispose que lorsque le ministre a interdit un prix minimum ou un prix indicatif, les producteurs et les distributeurs ne peuvent faire échec à cette interdiction en refusant de vendre ou en pratiquant des conditions discriminatoires de vente non justifiées par les usages commerciaux.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

En 1964, un projet de loi belge envisagea de conférer au ministre des Affaires économiques le pouvoir d'interdire l'imposition verticale des prix de revente. Cette initiative me paraissait aller dans le sens d'une harmonisation souhaitable dans la Communauté européenne.

« Les prix imposés en droit comparé et le projet de loi Spinoy-De Clerk »,
Journal des tribunaux,
1965, pp. 97-102.

INTRODUCTION.

1. — Le 5 juin 1964, le gouvernement déposait sur le bureau du Sénat un projet de loi sur les prix et certaines pratiques du commerce (1138). Ce projet, portant la signature des ministres Spinoy et De Clerck, tend notamment à accorder au gouvernement des pouvoirs étendus en matière d'interdiction des prix imposés. Ainsi, pour les produits qu'il détermine, le ministre des Affaires économiques pourra interdire d'imposer aux distributeurs un prix de vente minimum ou de fixer, en vue de la vente par des distributeurs, des prix de catalogue, des prix de référence ou autres prix indicatifs. Les mêmes pouvoirs lui seront reconnus, *mutatis mutandis*, en ce qui concerne les services (1139). Toutefois, avant de prendre pareille décision, le ministre devra consulter le Conseil du contentieux économique sur l'opportunité de la mesure proposée (1140), et faire publier un avis annonçant son intention au *Moniteur* (1141) ; toute entreprise ou association intéressée pourra faire parvenir, dans les quinze jours de la publication, un mémoire au ministre (1142).

Afin d'empêcher qu'une fois prise, la mesure soit tenue en échec par l'attitude de producteurs ou distributeurs qui refuseraient de vendre ou de livrer aux commerçants qui, respectueux de l'interdiction, n'observeraient pas les clauses de prix imposés, le projet interdit le fait de refuser de satisfaire, dans la mesure des possibilités et dans les conditions conformes aux usages commerciaux, aux demandes de produits ou de prestations de services faites par des distributeurs ou des commerçants lorsqu'elles ne présentent aucun caractère anormal et qu'elles émanent

Le gouvernement disposera ainsi d'une arme plus efficace en vue de rétablir le jeu de la concurrence dans certains secteurs de la distribution où elle se trouve pratiquement exclue.

(1138) *Doc. parl.*, Sénat, session 1963-1964, n° 268.

(1139) Article 5, alinéas 1er et 2 du projet.

(1140) Article 5, alinéa 3. Il échet de faire remarquer que le projet modifie également la composition et le fonctionnement du Conseil du contentieux économique : articles 72 à 76.

(1141) Article 6, alinéa Ier.

(1142) Article 6, alinéa 2.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de demandeurs de bonne foi. Dans les mêmes cas, il est également interdit de pratiquer des conditions discriminatoires de vente non justifiées par les usages commerciaux normaux (1143).

Le refus de vente et l'imposition de conditions de vente discriminatoires sont assimilés à un acte de concurrence déloyale, dont la cessation peut être demandée au président du tribunal de commerce par tout intéressé, par le groupement professionnel ayant la personnification civile dont l'intéressé est membre, et — ceci constitue une innovation — par le ministre. En revanche, ils ne constituent pas par eux-mêmes un délit (1144).

Au contraire, l'infraction à l'arrêté interdisant les prix imposés est sanctionnée de peines d'amendes (1145) mais ne peut faire l'objet d'une action en cessation (1146).

2. — L'utilité économique des prix imposés fait l'objet de nombreuses controverses (1147). Leurs partisans font valoir qu'ils permettent de maintenir les prix à l'abri des fluctuations brusques, que l'uniformité des prix pratiqués dans les différents points de vente assure l'égalité de traitement des consommateurs, qu'en réglementant la concurrence entre les distributeurs d'une même marque ils permettent à la concurrence entre producteurs de jouer pleinement son rôle, et qu'ils constituent une arme efficace pour lutter contre les ventes publicitaires en-dessous du prix de revient (loss-leadership), pratique nuisible tant pour les producteurs et les concurrents que pour les consommateurs. Ils ajoutent qu'en assurant aux détaillants une marge bénéficiaire raisonnable et les mettant à l'abri de la concurrence en matière de prix, ils leur permettent de faire porter leurs efforts sur la qualité du service offert à la clientèle. Enfin, ils insistent sur les avantages sociaux de ce système, lequel garantit la survie économique de nombreux petits commerçants qui, sinon, seraient évincés par les magasins à rayons multiples, les supermarchés ou les « chaînes » de distributeurs.

Les adversaires rétorquent que l'uniformité des prix n'est pas nécessairement bénéfique, qu'au contraire, en empêchant la concurrence au niveau de la distribution, les prix imposés tendent à la réduire également

(1143) Article 7, alinéas 1er et 2.

(1144) Article 58 (1) et 60.

(1145) Article 63, § 1er. Des amendes de 26 à 10 000 francs sont prévues.

(1146) Article 59 (1).

(1147) G. Hoornaert, *La politique des prix imposés*, Bruxelles, 1939 ; — J. Limpens, *Prijshandhaving buiten contract bij verkoop van merkartikelen*, Bruxelles, 1943 ; — A.D. Neale, *The Antitrust Laws of the United States, A Study of Competition Enforced by Law*, Cambridge, 1962 ; — S. Gammelgaard, *Le système des prix imposés*, Paris (Agence européenne de productivité), 1958 ; — E. Steindorff, *Problèmes des prix imposés dans le marché commun*, Leyde, 1962, pp. 15 à 20 ; — J. Breban, « Solutions législatives au problème des prix imposés », *Sociaal Economische Wetgeving*, 1964, 157 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

entre producteurs ; ils font valoir qu'il n'est pas économique d'interdire aux distributeurs les mieux organisés, les plus efficaces ou les plus entreprenants d'augmenter leur chiffre d'affaires en vendant plus, pour un prix moindre ; ils insistent également sur le fait que ce système fait obstacle à la rationalisation de la distribution et à la réduction des frais qui en résulterait. Ils estiment que l'acheteur devrait avoir le droit, s'il le désire, d'acheter un article pour un prix moindre, étant entendu qu'il ne recevra pas le même service ; il se peut en effet qu'il n'attache pas à la qualité du service une importance déterminante. Enfin, ils repoussent l'argument tiré de la nécessité de lutter contre la vente à perte en déniant que celle-ci ait, en pratique, une aussi grande importance qu'on le prétend.

Il n'entre pas dans notre propos de prendre parti pour l'une ou l'autre des thèses qui s'affrontent. Notre ambition est uniquement de montrer quelle est, à l'heure actuelle, l'attitude des législations de la plupart des pays industrialisés du monde occidental à l'égard des prix imposés. Nous décrirons les grandes lignes des systèmes en vigueur dans ces pays. Ceci nous permettra de situer la législation proposée dans son contexte international.

LES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE.

3. — Les États-Unis sont, on le sait, le berceau du « droit anti-trust ». Dès 1890, la loi Sherman déclarait illégal « tout contrat, toute association sous forme de trust ou autrement, ou toute entente en vue de restreindre les échanges ou le commerce entre les différents États de l'Union ou avec les pays étrangers » (1148). Toute violation de cette interdiction était sanctionnée pénalement (1149).

En 1911, la Cour suprême déclara que cette interdiction visait un système de distribution par lequel un fabricant de médicaments imposait les prix de revente à respecter par les grossistes et les détaillants (1150).

Toutefois, depuis cette décision, la situation a été rendue assez complexe. D'une part, l'autonomie législative des États pour les matières relevant de leur compétence propre a souvent été invoquée par ceux-ci pour légaliser les prix imposés lorsque ceux-ci n'affectent pas le commerce interétatique ou extérieur. Pendant la crise économique des années 1930, un grand nombre d'États adoptèrent des lois dites de « commerce loyal » (*fair trade*) en vertu desquelles les clauses de prix imposés visant des articles de marque étaient non seulement déclarées licites mais rendues opposables à tous les tiers connaissant leur existence ; si ces tiers ne les

(1148) Sherman Act du 2 juillet 1890, article 1er (Traduction du *Guide de la législation sur les pratiques restrictives*, publié par l'*O.C.D.E.*, rubrique « États-Unis », décimale 1.0.

(1149) *Ibid.*

(1150) Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park and Sons, 220 U.S. 373 (1911).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

respectaient pas, ils commettaient un acte de concurrence déloyale (1151). La constitutionnalité de ces lois, après avoir été l'objet de quelques hésitations, fut affirmée par la Cour suprême en 1936 (1152). Selon cet arrêt, les tiers qui acquièrent un produit ne deviennent jamais propriétaires du *goodwill* ou de la marque afférents à celui-ci ; ce *goodwill* ou cette marque continuent à appartenir au fabricant ; dès lors, ne viole pas la garantie constitutionnelle de la propriété privée la loi d'État qui permet au fabricant de maintenir la réputation de son produit en fixant un prix minimum de revente, et d'interdire aux tiers, par l'action en concurrence déloyale, de discréditer la marque par des pratiques de « bradage ».

4. — Cette décision favorable aux lois *fair trade* eut pour effet d'encourager les États qui, en raison de scrupules constitutionnels, ne l'avaient pas encore fait, à adopter des législations similaires ; de 1935 à 1941, le nombre de ces États passa de dix à quarante-cinq. Seuls, le Texas, le Missouri, et le Vermont faisaient exception (1153).

Néanmoins, ces exemptions n'avaient qu'une portée limitée, puisqu'elles étaient nécessairement applicables uniquement au commerce intérieur de chaque État, le commerce interétatique continuant à être soumis au régime d'interdiction de la loi fédérale. Cet obstacle ne tarda pourtant pas à être levé : en 1937, le Congrès amenda le Sherman Act afin de légaliser les contrats prescrivant des prix de revente imposés pour les articles de marque, à condition que ceux-ci se trouvent en concurrence libre et ouverte avec des marchandises de même catégorie, et que la clause de prix imposés soit licite en vertu du droit de l'État où la revente doit avoir lieu (1154). En 1952, un amendement ultérieur (1155) élargit le champ d'application de l'exemption. Cette intervention fut rendue nécessaire par l'attitude restrictive adoptée par les cours et tribunaux en face de l'amendement Miller-Tydings de 1937. La Cour suprême avait en effet déclaré, en 1951 (1156), que celui-ci n'avait légalisé les lois d'État que dans la mesure où elles autorisaient la fixation *entre parties* de prix imposés, mais non dans la mesure où elles permettaient aux parties de se prévaloir, dans le commerce interétatique, de ces clauses pour les opposer *aux tiers*. L'amendement McGuire, adopté le 14 juillet 1952, déclare expressément que les États sont autorisés à ériger en fait consti-

(1151) Comme exemple de pareille disposition, citons la section 16.904 de la loi californienne de 1931, citée par A.D. Neale, *The Antitrust Laws of the U.S.A., A Study of Competition enforced by Law*, Cambridge, 1962, p. 346, note 3.

(1152) Old Dearborn Distilling Co. v. Seagran Distillers Corp., 299 U.S. 183 (1936).

(1153) De même que le district de Colombie, qui est administré directement par le Congrès. Voy. A.D. Neale, *op. cit.*, p. 347.

(1154) « Miller-Tydings Amendment », voté le 17 août 1937, 15 U.S. Code Annotated § 1.

(1155) « McGuire Amendment » du 14 juillet 1952, modifiant l'article 5 de la loi sur la Commission fédérale du commerce.

(1156) Schwegmann Bros. v. Calvert Distillers Corp., 341 U.S. 384 (1951).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tutif de concurrence déloyale la vente, par un tiers, à un prix inférieur au prix fixé contractuellement par le vendeur, lorsque ce tiers avait connaissance de la clause de fixation de prix (1157).

Enfin, il convient d'ajouter que le droit américain n'interdit pas à un fabricant de « conseiller » des prix à ses revendeurs et de refuser de vendre à ceux qui ne suivent pas ses recommandations. Ce principe, connu sous le nom de « doctrine Colgate », en raison de la décision à l'occasion de laquelle il fut affirmé (1158), s'explique par le fait que la loi Sherman ne punit que les « contrats, associations ou ententes » (1159) et les « monopoles et tentatives de monopoliser » (1160) ; la simple recommandation de pratiquer un prix de vente déterminé, ainsi que le refus de vendre, ne sont pas en eux-mêmes constitutifs d'infraction s'ils émanent d'une entreprise isolée et ne constituent pas une tentative d'établir un monopole.

5. — Malgré la faveur relative dont bénéficient les prix imposés aux États-Unis, il serait erroné de croire que la situation puisse être assimilée à celle qui existerait dans un pays n'ayant aucune législation sur les pratiques restrictives. L'exemption qui leur est accordée constitue une exception dans un système par ailleurs très sévère pour les ententes et les pratiques restreignant la concurrence. Comme toute disposition exceptionnelle, elle tend à être interprétée restrictivement par les tribunaux. En voici quelques exemples :

1°) L'autorisation ne vaut que si les produits, dont le prix de vente est fixé, sont en concurrence avec des produits de la « même catégorie générale » fabriqués ou distribués par d'autres. Dans l'affaire Eastman Kodak Co. v. Federal Trade Commission, il a été décidé que les films de photo et de cinéma en couleur constituaient une « catégorie » distincte des films noir et blanc ; défense fut faite à Kodak d'imposer les prix des films en couleur, vu l'absence de concurrence dans cette catégorie (1161), et nonobstant le fait que les films noir et blanc fussent soumis à la concurrence d'autres marques (1162).

2°) Pour être couvert par la dérogation, l'accord doit être conclu entre entreprises ne se trouvant pas dans une situation de concurrence l'une par rapport à l'autre. La Cour suprême a jugé que si

(1157) Voy. l'article 5 (a) (3) de la loi sur la Commission fédérale du commerce, amendé par la loi McGuire du 14 juillet 1952.

(1158) U.S. v. Colgate and Co., 250 U.S. 300 (1919).

(1159) Article 1er.

(1160) Article 2.

(1161) Kodak était en effet le seul fabricant de films en couleur.

(1162) Cour d'appel, deuxième circuit, 1946, 158 F. 2d. 592. Un pourvoi en *certiorari* devant la Cour suprême fut rejeté en 1947 : 330 U.S. 828.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

une entreprise, qui est à la fois fabricante et grossiste, conclut avec un grossiste un accord fixant le prix de vente des produits qu'elle *fabrique*, la circonstance qu'elle remplit également, pour d'autres produits, des fonctions de grossiste, l'empêchera de se réclamer des dispositions de la loi ; l'accord de prix imposés sera illicite (1163).

3°) La possibilité pour le fabricant qui impose ses prix de revente d'actionner en concurrence déloyale les tiers qui, sciemment, ne respectent pas ces prix n'existe que dans la mesure où la revente incriminée est conclue dans un État possédant une législation *fair trade* ; le lieu de la livraison n'entre pas en ligne de compte. Il est dès lors possible pour une maison de vente par correspondance installée dans un État n'ayant pas pareille législation d'accepter des commandes et d'effectuer des livraisons vers d'autres États sans commettre, ce faisant, un acte réputé contraire aux usages honnêtes ; il lui suffit de rédiger le bon de commande de telle façon qu'en vertu des règles de conflits de loi, la vente soit considérée comme conclue au lieu où elle a son siège (1164).

En outre, depuis quelques années, l'attitude des législateurs et des juridictions d'État évolue dans un sens défavorable aux prix imposés. Le nombre des États possédant une législation de « commerce loyal » tend à diminuer ; à la fin de 1962, la loi avait été abrogée ou déclarée contraire à la constitution locale dans vingt d'entre eux (1165).

L'évolution de la jurisprudence concernant les « prix conseillés » et le refus de vente est, elle aussi, restrictive. Quoique la « doctrine Colgate » n'ait jamais été officiellement reniée, des décisions ultérieures en ont rétréci la sphère d'application. Ainsi, lorsqu'il existe un accord entre fabricant et revendeurs en vertu duquel les parties s'engagent à se dénoncer mutuellement ceux qui vendent en-dessous des prix « conseillés », à se communiquer des « listes noires » et à s'abstenir de toute fourniture aux « bradeurs » et à ceux qui acceptent de leur livrer, les tribunaux considèrent qu'il existe en réalité un accord tacite en vue de respecter et de faire respecter les prix conseillés comme des prix imposés (1166). De même, lorsque, pour obtenir l'adhésion au prix qu'il suggère, le fabricant recourt à des moyens de pression, allant au-delà du simple refus de vente, l'application de la « doctrine Colgate » est exclue (1167). Et lorsque

(1163) U.S. v. McKesson and Robbins, Inc., 351 U.S. 305 (1956).

(1164) Cela pourra se faire en subordonnant, par une clause expresse du bon de commande, la conclusion définitive du contrat à l'acceptation par la maison de vente. Voy. General Electric Co. v. Masters Mail Order Co., 244 F. 2d. 681 (Cour d'appel, deuxième circuit, 1957).

(1165) W.J. Derenberg, « Trade Regulations », in : *Annual Survey of American Law*, 1962, p. 169, note 96.

(1166) Federal Trade Commission v. Beechnut Packing Co., 257 U.S. 441 (1922).

(1167) U.S. v. Parke, Davis and Co., 363 U.S. 29 (1960).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

plusieurs commerçants se mettent d'accord pour ne pas avoir de relations d'affaires avec un tiers, la jurisprudence y voit également une atteinte à l'article 1er du Sherman Act (1168).

6. — Il résulte de ce qui vient d'être exposé qu'en pratique, de nombreux obstacles s'opposent, aux États-Unis, à l'application effective des prix imposés, même lorsque ceux-ci sont autorisés en vertu de la législation fédérale et de celle des États.

Sur le plan législatif fédéral, deux courants s'affrontent : un courant « gouvernemental », partisan de l'abrogation pure et simple des amendements Miller-Tydings et McGuire et de la soumission des accords de prix imposés à l'interdiction de principe de l'article 1er de la loi Sherman (1169) ; et un courant, qui compte de nombreux adhérents au Congrès, selon lequel le système du *fair trade* devrait être généralisé et étendu à l'échelle fédérale, au lieu de n'être que toléré, comme à l'heure actuelle, lorsque la législation de l'État du lieu de la vente l'autorise. Cette deuxième tendance a trouvé son expression dans un projet de loi actuellement pendant devant le Congrès ; il est toutefois peu certain que ce projet sera adopté tel quel, le président Kennedy, l'Attorney General, les ministres du Commerce et de l'Agriculture, la Commission fédérale du commerce, et le Conseil consultatif des consommateurs s'étant tous prononcés dans un sens défavorable (1170).

LE ROYAUME-UNI.

7. — Le droit britannique interdisant les pratiques restreignant la concurrence est d'origine assez récente (1171). En vertu de la *common law* antérieurement en vigueur (et qui demeure applicable dans la mesure où les lois particulières n'y ont pas dérogé) rien ne s'oppose à la validité des clauses de prix imposés (1172), pour autant qu'elles n'aient pas pour effet de permettre à une entreprise, ayant le monopole de la fabrication

(1168) Fashion Originators' Guild v. Federal Trade Commission, 312 U.S. 457 (1941) ; Kiefer-Stewart Co. v. Seagram and Sons, 340 U.S. 211 (1951).

(1169) Voy. en ce sens le rapport rédigé en mars 1955 par le Comité national institué par l'Attorney General des États-Unis pour l'étude des lois antitrust (U.S. Government Printing Office, Washington, 1955), notamment pp. 153 à 155. La majorité du Comité considère que le « fair trade » ne constitue pas un moyen adéquat pour résoudre les problèmes de la distribution des produits de marque, du fait qu'il supprime toute concurrence entre distributeurs et facilite la fixation des prix par voie horizontale.

(1170) « Quality Stabilization Bill » ; H. R. 3669. Voy. à ce sujet R. Callmann, « U.S.A. Antitrustrecht im Jahre 1963 », *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1964, 394.

(1171) Loi de 1948 sur les monopoles et pratiques restrictives (Enquêtes et contrôle) ; loi de 1953 sur la Commission des monopoles et pratiques restrictives ; loi de 1956 sur les pratiques commerciales restrictives ; loi de 1964 sur les prix de revente.

(1172) Elliman v. Carrington, (1901) 2 Chancery 275 ; Dunlop v. New Garage Co., (1935) A.C. 79.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ou de la distribution de denrées indispensables à la collectivité, de fixer des prix exagérés (1173) ou d'obliger une autre entreprise à se retirer des affaires (1174).

De même, il est parfaitement licite, selon la *common law*, de refuser de vendre à des commerçants qui ne respectent pas les prix imposés ou conseillés, que ce refus soit opposé par une entreprise isolée (1175), ou par un groupement (1176) ; si, en agissant ainsi, le groupement a pour but de faire pression sur des tiers pour les obliger à se rallier à la politique de vente pratiquée par lui, ceci ne suffit pas à rendre son comportement répréhensible (1177) ; il faut, en outre, qu'il ait recours à des méthodes qui soient illicites par elles-mêmes (menaces, chantage, extorsion, violence...)

8. — La loi de 1956 sur les pratiques commerciales restrictives introduisit des modifications importantes au système de la *common law*. Ses articles 6 et 9 imposent l'enregistrement de tous les accords restreignant la concurrence auprès du *Registrar* des pratiques commerciales restrictives. Celui-ci les soumet alors à une juridiction spéciale, le « tribunal des pratiques commerciale restrictives », qui se prononce sur leur compatibilité avec l'intérêt public (1178). L'accord est présumé contraire à l'intérêt public, à moins qu'une des sept conditions limitativement énumérées par l'article 21 soit remplie.

Cette procédure est applicable aux clauses de prix imposés, ceux-ci constituant des restrictions de la concurrence au sens de la loi (1179). Mais aussi longtemps que le tribunal ne s'est pas prononcé sur leur sort, ils demeurent soumis aux règles de la *common law* (1180).

9. — Un régime plus sévère s'applique aux accords en vertu desquels deux ou plusieurs personnes s'engagent à refuser toute fourniture à des commerçants ayant revendu des biens en-dessous du prix prescrit, ou à pratiquer des conditions moins favorables à l'égard de ces commerçants, ou encore à ne fournir des biens qu'aux personnes s'engageant à refuser

(1173) Palmolive Co. v. Freedman, (1927) 2 Chancery 333, (1928) Chancery 264.

(1174) Evans v. Heathcote, (1918) 1 K.B. 418.

(1175) Elliman v. Carrington, précité (per Kekewich, J.).

(1176) Ware & De Freville v. Motor Trade Association, (1921) 3 K.B. 40. Lord Atkin déclara notamment : « It is impossible for the law to prevent all oppressive exercise of legal rights ». Voy. aussi Thorne v. Motor Trade Association, (1937) A.C. 797.

(1177) Voy. Ware & De Freville v. Motor Trade Association, précité. Il est intéressant de relever le parallèle entre l'attitude de la jurisprudence anglaise et celle de notre Cour de cassation dans son arrêt du 2 juin 1960 (en cause Gripekove c. Réglementation Union-Spépha). *Rev. crit. de jur. belge*, 1961, 206, et la note J. Dassesse.

(1178) Article 20.

(1179) R.O. Wilberforce, A. Campbell and N. Elles, *The Law of Restrictive Trade Practices and Monopolies*, Londres, 1957, nº 907.

(1180) *Id.*, *ibid.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de vendre à ces commerçants ou à pratiquer à leur égard des conditions de vente moins favorables (1181). Sont assimilées à ces accords les recommandations tendant à ce qu'une personne agisse comme si un accord avait été conclu avec elle (1182).

Toutes ces pratiques sont illégales par elles-mêmes, sans qu'une décision préalable du tribunal soit requise. La loi ne prévoit pas de sanction pénale ; elle autorise uniquement la Couronne, de même que toute personne lésée, à intenter une action civile en vue d'obtenir une ordonnance de cessation ou toute autre réparation appropriée (1183).

Le législateur britannique de 1956 a donc voulu frapper avant tout les mesures collectives prises par plusieurs fabricants ou commerçants en vue du maintien de leurs systèmes de prix imposés respectifs. Il n'interdit pas à une entreprise isolée d'imposer des prix et de prendre des mesures contre ceux qui ne les observent pas ; tout au plus cet accord doit il être notifié au *Registrat* et justifié, quant à son caractère d'intérêt général, devant le tribunal des pratiques restrictives. Sous la même réserve, il est permis à des fabricants de se communiquer réciproquement des informations concernant la façon dont leurs distributeurs respectifs s'acquittent de leurs obligations. Ce n'est qu'à partir du moment où ils se concertent pour prendre en commun des sanctions contre les contrevenants éventuels, que leur conduite deviendra répréhensible (1184).

La position du fabricant individuel qui impose ses prix de vente est même renforcée par l'article 25 de la loi de 1956, qui peut être rapproché des lois *fair trade* en vigueur dans certains États des États-Unis. Aux termes de cette disposition, la clause imposant un prix de revente est obligatoire pour les tiers qui achètent les biens en connaissance de cause, comme s'ils y étaient parties (1185). Toute violation peut donner lieu à un ordre de cessation de la part du tribunal des pratiques restrictives, sans préjudice d'autres modes de réparation (1186). Bien entendu, cette protection renforcée n'est possible qu'aussi longtemps que la clause n'est pas déclarée contraire à l'intérêt public par le tribunal (1187).

10. — Il est apparu, toutefois, que ces dispositions ne suffisaient pas à maintenir une concurrence suffisamment active au stade de la distribution. Tout récemment, une nouvelle loi a été adoptée (1188). Son objet

(1181) Article 24, § 1er.
(1182) Article 24, § 4.
(1183) Article 24, § 6. Voy. aussi Wilberforce, Campbell and Elles, *op. cit.*, nº 823.
(1184) Wilberforce, Campbell and Elles, *op. cit.*, nº 918.
(1185) Article 25, § Ier.
(1186) Article 25, § 4.
(1187) Article 25, § 3.
(1188) Loi du 16 juillet 1964. Voy. sur cette loi : von Tirpitz, « Die englische Gesetzgeburg zum Verbot der Preisbindung der zweiten Hand », *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1964, 862.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

principal est de frapper de nullité toutes les clauses de prix imposés, individuelles ou collectives (1189). Afin d'empêcher que cette interdiction ne soit tenue en échec par le recours au « prix conseillé », le refus de vente, de même que l'imposition de conditions discriminatoires, sont également prohibés lorsqu'ils sont motivés par le fait que la victime a vendu en-dessous du prix « conseillé » ou par la crainte qu'elle le fasse à l'avenir (1190). Par contre, la loi autorise le refus de vente lorsqu'il constitue une sanction contre la vente à perte (*loss leader*) (1191).

Les dispositions de la loi de 1964 ne sont pas sanctionnées pénalement ; seule une action civile peut être intentée par la Couronne ou par toute personne lésée (article 4).

Une exemption de l'interdiction des prix imposés peut être obtenue auprès du tribunal des pratiques restrictives ; cette exemption sera accordée pour un produit ou un groupe de produits, sur demande adressée au *Registrar* ; il faut pour cela que certaines conditions, prévues par la loi, soient remplies (1192).

Les autres dispositions de la loi de 1956, notamment l'article 25 rendant les clauses de prix imposés, dans les cas où elles sont autorisées, opposables aux tiers, ne sont pas abrogées.

Il est encore trop tôt pour prédire l'application qui sera donnée à la loi de 1964, et notamment à la possibilité d'accorder les exemptions prévues par l'article 5. Il est à remarquer que ces exemptions ne sont pas nécessairement limitées à un contrat déterminé, mais qu'elles peuvent viser des produits comme tels, et même des groupes de produits. Ceci devrait permettre au *Registrar* de faire généreusement usage du pouvoir d'autorisation qui lui est reconnu.

LES PAYS SCANDINAVES.

11. — La loi suédoise du 25 septembre 1953 « sur la répression des restrictions à la concurrence dans certains cas » (1193) est, comme la loi britannique de 1956, axée sur le principe que les ententes ne donnent lieu à une intervention de l'autorité publique que dans la mesure où cela est justifié par l'intérêt général. Toutefois, elle ne prévoit pas l'enregistrement obligatoire des accords restrictifs (1194). Par ailleurs, elle

(1189) Article 1er.

(1190) Article 2.

(1191) Article 3, § 2.

(1192) Article 5. Par exemple : maintien de la qualité, maintien du nombre des points de vente...

(1193) Sur la législation suédoise, cf. : U. Bernitz, *Swedish Antitrust Law and Resale Price Maintenance*, Stockholm, 1964.

(1194) Une loi postérieure du 1er juin 1956 n'oblige les entreprises à fournir des renseignements que « sur la demande de l'autorité désignée par le Roi » (article 3).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

se distingue de la plupart des autres législations en la matière, en ce qu'elle n'accorde à l'autorité de contrôle (appelée « Conseil de la liberté économique ») que le pouvoir de « négocier » en vue d'éliminer les effets préjudiciables des restrictions dont elle est saisie (1195). Cependant, en vertu d'un gentleman's agreement entre le gouvernement et les milieux d'affaires, les recommandations émises par le Conseil de la liberté économique au terme de la procédure de négociation sont toujours suivies (1196).

12. — Contrastant avec cette relative clémence, l'article 2 de la loi interdit à tout entrepreneur de stipuler un prix de revente minimum, ou d'indiquer d'une autre manière un prix de revente sans préciser expressément qu'un prix moins élevé peut être exigé. Cette interdiction est sanctionnée de peines d'amende et d'emprisonnement (1197). Toutefois, des dérogations peuvent être accordées, sur demande, par le Conseil de la liberté économique (1198) ; jusqu'à présent, elles ne l'ont été qu'assez rarement (1199).

Si les prix imposés sont ainsi érigés en délit, qu'ils soient le fait d'une entreprise isolée ou d'un groupement, il n'en est pas de même du refus de vente. La loi ne contient aucune disposition le condamnant expressément. Toutefois, il pourra donner lieu à une intervention du Conseil de la liberté économique sur la base de l'article 1er. La pratique montre que le Conseil s'abstient d'intervenir lorsque le refus de vente a pour objet d'assurer le maintien d'une politique sélective de débouchés, par exemple en limitant le nombre des distributeurs de manière à réduire les frais ou à améliorer la qualité du service offert au client ; en revanche, il le considère contraire à l'intérêt général, et exige qu'il y soit mis fin, lorsqu'il tend à faire pression sur les tiers pour obtenir que ceux-ci s'alignent sur les prix imposés ou recommandés par le fabricant (1200).

Vivement critiqué par les organisations de détaillants au moment de son instauration, le système suédois est, selon un auteur récent, généralement accepté aujourd'hui ; les circuits de distribution s'y sont adaptés, et il n'est pas question, pour le moment, de le supprimer (1201).

13. — La même préoccupation de soumettre les prix imposés à une interdiction de principe, assortie d'une faculté d'autorisation cas par cas, se

(1195) Article 1er de la loi du 25 septembre 1953.
(1196) Voy. sur ce point : U. Bernitz, *op. cit.*, p. 13.
(1197) Article 29.
(1198) Article 2.
(1199) U. Bernitz, *op. cit.*, pp. 29 et 30.
(1200) U. Bernitz, *op. cit.*, pp. 33 et 34.
(1201) U. Bernitz, *op. cit.*, p. 43.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

retrouve en Norvège (1202). Certes, la loi du 26 juin 1953 sur le contrôle et la réglementation des prix, des dividendes et de la concurrence, se limitait à interdire la fixation par entente de prix abusifs (1203) et à attribuer à une autorité administrative, le Conseil des prix, le pouvoir d'interdire à un industriel ou un commerçant de refuser d'avoir des relations d'affaires avec un autre industriel ou commerçant lorsque ce refus est préjudiciable à l'intérêt général ou abusif à l'égard de l'autre partie (1204).

Mais ces dispositions ont été renforcées par un décret royal du 18 octobre 1957, qui interdit de manière générale, sous réserve des dérogations accordées par la Direction des prix, la fixation de prix de revente, qu'elle soit l'œuvre d'un seul commerçant ou de plusieurs agissant de concert. Seuls, les « prix-guide » sont autorisés, à condition d'avertir clairement le revendeur qu'il est libre de1 pratiquer un prix inférieur (1205). La prohibition est complétée par une disposition interdisant de faire pression — sauf dérogation accordée par la Direction des prix — par refus d'avoir des relations commerciales ou par d'autres méthodes de coercition, sur les revendeurs, en vue de les inciter à pratiquer des prix imposés ou à prélever un bénéfice déterminé (1206). Toutes ces dispositions sont sanctionnées de peines d'amende ou d'emprisonnement (1207).

14. — La situation au Danemark est similaire (1208). Dans ce pays, comme en Suède et en Norvège, les clauses de prix imposés sont assujetties à un régime plus sévère que les autres pratiques restrictives de la concurrence. Pour ces dernières, la loi du 31 mars 1955 sur le contrôle des monopoles et des pratiques restrictives se borne à prévoir une surveillance administrative, moyennant notification et enregistrement auprès de l'Office de contrôle des monopoles (1209), ainsi que la possibilité pour cet office d'intervenir en cas d'abus (1210) ; en revanche, les accords, décisions ou pratiques prescrivant des prix ou marges bénéficiaires maximales à respecter lors de la revente « ne peuvent être exécutés », selon les termes de l'article 10, que si l'Office de contrôle des monopoles les a approuvés. Il résulte des travaux préparatoires que par le mot « exécuter », on a entendu viser non seulement l'intentement d'une action judiciaire tendant à faire respecter une clause de prix imposé, mais

(1202) Sur le droit norvégien, voy. : T. Eckhoff, in : *Jahn-Junckerstoff*, *Internationales Handbuch der Kartellpolitik*, Berlin, 1958, pp. 379 et s.
(1203) Article 18.
(1204) Article 23.
(1205) Articles 2 et 3 du décret.
(1206) Article 5 du décret.
(1207) Article 52 de la loi du 26 juin 1953.
(1208) Sur le droit danois, voy. : N. Banke, in : *Jahn-Junckerstoff*, *Internationales Handbuch der Kartellpolitik*, Berlin, 1958, pp. 69 et s.
(1209) Articles 6 à 9.
(1210) Articles 11 à 14.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

aussi les mesures de contrainte économique, telles que le refus de livrer et le boycottage (1211). De même, en visant non seulement les accords et décisions, mais aussi les « pratiques », on a empêché que la loi puisse être tournée par le recours aux prix « recommandés » et le refus de livrer aux revendeurs qui ne s'inclinent pas devant la « recommandation ».

LES PAYS-BAS.

15. — Nous trouvons aux Pays-Bas une situation assez semblable à celle qui existe au Royaume-Uni et dans les pays scandinaves. En effet, la loi sur la concurrence économique du 28 juin 1956 ne contient aucune disposition interdisant radicalement les pratiques commerciales restrictives ; elle se borne à établir une procédure de notification au gouvernement (1212) et à donner à ce dernier le pouvoir d'interdire (1213) toute entente qui serait, à son avis, contraire à l'intérêt général (1214). Le gouvernement peut également, dans certaines conditions, déclarer une entente obligatoire pour les entreprises d'une branche économique, si l'intérêt de la branche, ainsi que l'intérêt général, l'exigent (1215). Enfin il peut, s'il estime que l'intérêt général l'exige, interdire par arrêté royal certains types de clauses contenues dans des accords restreignant la concurrence (1216).

La loi ne prend donc pas explicitement position, soit en faveur, soit à l'encontre des prix imposés. C'est au gouvernement qu'il incombe de décider s'ils sont conformes à l'intérêt général. Il peut le faire soit à l'occasion des cas d'espèces sur lesquels il est appelé à se prononcer, soit par une décision de caractère général. Jusqu'à récemment, il a procédé cas par cas, interdisant des accords collectifs par lesquels plusieurs entrepreneurs s'obligeaient à pratiquer le système des prix imposés, ou organisaient le contrôle et la sanction collective de ceux-ci (1217), tout en laissant entendre que les accords individuels — d'ailleurs dispensés par décret de l'obligation de notification (1218) — ne seraient pas inquiétés (1219).

(1211) *Guide de l'O.C.D.E.*, Danemark, Notes explicatives sur la législation, Décimale 2, p. 5.

(1212) Article 2.

(1213) Le texte dit : déclarer non obligatoire (*onverbindend verklaren*). Mais les suites sont les mêmes que si l'accord était interdit. Voy. l'article 22, § 1er.

(1214) Article 19.

(1215) Article 6. Comparez avec le système de l'arrêté royal n° 62 du 13 janvier 1935 en Belgique.

(1216) Article 10.

(1217) A. Mulder et M.R. Mok, *Kartelrecht*, Alphen aan de Rijn, Deventer, 1962, pp. 78, 129, 133 ; — *Guide de l'O.E.C.D.*, Pays-Bas, Décimale 3.0, p. 7.

(1218) Décret du 13 novembre 1958. Cf. A. Mulder et M.R. Mok, *op. cit.*, p. 98.

(1219) *Id.*, *ibid.*, p. 134.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

16. — Cette année, pourtant, un arrêté royal pris en exécution de l'article 10 de la loi sur la concurrence économique (1220) interdit pour la première fois de manière générale les prix imposés (1221). La mesure ne frappe que les accords collectifs, non les accords individuels (1222). Mais lorsque l'exécution d'un accord individuel est assurée collectivement (1223), l'interdiction s'applique néanmoins : sont ainsi prohibés tous accords aux termes desquels la recherche des violations, l'intentement d'une action en justice ou l'imposition de sanctions est confiée à une autre personne que celle dont les marchandises proviennent (1224).

Simultanément, tout en déclarant qu'une interdiction générale des prix imposés individuellement n'était pas opportune, le gouvernement annonçait son intention de prendre des mesures plus strictes dans certains secteurs de la distribution des produits (1225). Un premier arrêté, du 31 août 1964 (1226), donne effet à cette intention notamment dans le domaine des appareils électroménagers, des voitures automobiles, des appareils photographiques et de cinéma, et des disques.

On peut conclure que le système néerlandais, jadis fondé sur le principe de l'abus, s'oriente depuis quelques mois vers un régime d'interdiction pure et simple des prix imposés.

L'ALLEMAGNE FÉDÉRALE.

17. — La loi allemande du 27 juillet 1957 sur les restrictions à la concurrence économique se distingue des législations qui viennent d'être examinées par sa clémence relative envers les accords de prix imposés. À ce point de vue, elle peut être rapprochée du modèle américain.

Alors que l'article 15 édicté la nullité de principe des clauses limitant la liberté de l'une des parties contractantes de fixer les prix ou conditions commerciales lors de la revente de marchandises à des tiers, l'article 16 excepte expressément de cette interdiction les accords de prix imposés ou recommandés individuels, lorsqu'ils visent des produits de marque se trouvant en concurrence avec des produits similaires d'autres producteurs ou commerçants. Aux termes du deuxième alinéa, le bénéfice de cette disposition ne peut être revendiqué que si une livraison constante des produits, en une qualité au moins égale ou améliorée, est assurée

(1220) Décret du 1er avril 1964, Stbl. n° 110. Voy. à ce sujet VAN EIJKERN, in : *Sociaal Economische Wetgeving*, 1964, pp. 198-200.

(1221) Sur l'historique de ce décret, voy. : P.H. VAN RIJ, in : *Soc. Econ. Wetg.*, 1963, pp. 646 et s.

(1222) Sur la notion d'accord individuel, voy. l'article 1er, alinéa 2.

(1223) *Collectief gehandhaafde verticale prijsbinding.*

(1224) Article 1er, alinéa 3.

(1225) Voy. G. CZAPSKI, in : *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1964, p. 620.

(1226) Stbl. 1964, n° 353, p. 891.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

par l'entreprise qui impose le prix (1227). Certaines conditions de forme doivent en outre être remplies : la clause doit être déclarée à l'Office fédéral des cartels et faire l'objet d'une attestation écrite de cet Office, certifiant le dépôt de la déclaration. En outre, des indications complètes sur les prix de vente demandés aux différents stades de la distribution, ainsi que sur les marges bénéficiaires, doivent être jointes à la déclaration (1228).

18. — L'autorisation des prix imposés prévue par l'article 16 de la loi de 1957 a donc un caractère exceptionnel. Si les conditions de fond — articles de marque livrés en une qualité constante ou améliorée — et de forme — notification et accusé de réception — ne sont pas remplies, la règle générale d'interdiction (1229) s'appliquera. De même, si plusieurs entreprises agissent de concert pour obliger leurs clients respectifs à pratiquer certains prix lors de la revente, il s'agira d'une « entente » (*Kartell*) au sens de l'article 1er de la loi, c'est-à-dire d'un accord entre entreprises ou associations d'entreprises en vue de réaliser des objectifs communs par une restriction de la concurrence ; cette entente sera, elle aussi, interdite (1230).

Un contrôle permanent est exercé par l'Office fédéral des cartels sur les accords qui lui sont notifiés ; ces accords peuvent être déclarés nuls avec effet immédiat si les conditions de l'autorisation ne sont plus remplies, s'ils donnent lieu à des abus ou s'ils ont pour effet de maintenir les prix à un niveau injustifié (1231). Ainsi, dans une affaire récente, l'Office ayant eu son attention attirée sur le grand nombre de procès intentés par un fabricant contre ses revendeurs et des tiers pour non-observation des prix imposés, et constatant que ceux-ci se situaient au-dessus du niveau auquel ils se seraient établis si une concurrence normale avait existé, agit d'office pour interdire l'imposition de prix (1232).

Toutefois, la charge de la preuve du caractère abusif incombant à l'Office, l'efficacité de ce système de contrôle n'est pas parfaite. Sur 682 procédures intentées par l'Office avant le premier décembre 1963

(1227) Sur les difficultés d'interprétation que soulève cette exigence, voy. : A. Baumbach et W. Hefermehl, *Wettbewerbs – und Warenzeichenrecht*, 8e éd., Munich-Berlin, 1960, § 16 GWB, annotations 15 à 22.

(1228) Article 16, alinéa 4. Cette disposition prévoit, en outre, l'obligation de notifier un modèle de contrat, et d'indiquer si le commerçant est tenu d'assurer un service au client.

(1229) Article 15.

(1230) Article 1er. Voy. aussi Baumbach-Hefermehl, *op. cit.*, § 16 GWB, annotation 51.

(1231) Article 17.

(1232) Bundeskartellamt, 24 oct. 1963, *Wirtschaft und Wettbewerb* (ci-après : *W.u.W.*) 1964, B.Kart.A. 725.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

contre des fixations abusives de prix, douze seulement avaient donné lieu à une décision d'interdiction ayant force de chose jugée (1233).

19. — Lorsqu'elle est autorisée, la clause de prix imposés se heurte souvent à des difficultés quant à son application pratique. Ainsi, l'article 26, alinéa 1er, interdit d'inciter d'autres entreprises à refuser de vendre en vue de nuire de façon injuste à un concurrent ; cette disposition est interprétée comme prohibant le boycottage, sauf dans la mesure où celui-ci constitue une mesure de défense légitime contre le comportement illicite de la victime (1234). Lorsqu'il tend à maintenir les prix à un niveau supérieur à celui auquel ils s'établiraient sous un régime de libre concurrence, le boycottage est toujours répréhensible (1235). De même, plusieurs fabricants d'articles de marque ne peuvent confier à un organisme commun la mission de surveiller la façon dont les revendeurs respectent les prix imposés, ni se prêter mutuellement assistance en vue de sanctionner, par le refus de vente, les violations éventuelles dont l'un d'entre eux serait la victime (1236). En revanche, si le refus émane d'une entreprise isolée, agissant de sa propre initiative et pour la défense de ses intérêts, il n'est pas condamnable, dans la mesure où il se limite à sanctionner l'inexécution d'une clause remplissant les conditions de fond et de forme prescrites par la loi (1237).

20. — Même ainsi limité, le domaine d'application des prix imposés en Allemagne est apparu à certains comme de nature à empêcher une concurrence suffisante au niveau de la distribution. Ainsi, en 1962, le gouvernement fédéral proposa (1238) d'abolir l'exception prévue par l'article 16 de la loi du 27 juillet 1957. Devant la résistance manifestée par un grand nombre de parlementaires, le projet gouvernemental fut remanié de façon à ne pas interdire les prix imposés comme tels, mais à les soumettre à des conditions et à un contrôle plus stricts. Selon le projet actuellement pendant devant le Bundestag (1239), toute entreprise qui désire imposer des prix de revente doit communiquer à l'Office fédéral des cartels, outre les renseignements déjà prévus par l'article 16, des indications complètes concernant les catégories de clients qui sont

(1233) Voy. l'exposé des motifs du gouvernement fédéral précédant le projet de loi du 18 juin 1964 modifiant la loi de 1957 sur les restrictions à la concurrence (*Bundestagdrucksache* 292).

(1234) Baumbach-Hefermehl, *op. cit.*, § 26 GWB, annotation 17. Voy. aussi E. Langen, *Kommentar zum Kartellgesetz*, 3e éd., Berlin-Darmstadt, 1958, p. 249.

(1235) Bundesgerichtshof, 6 juin 1963, *W.u.W.*, E.B.G.H. 536 ; — Bundeskartellamt, 28 nov. 1963, *W.u.W.*, 1964, B.Kart.A. 761.

(1236) Baumbach-Hefermehl, *op. cit.*, § 16 GWB, annotation 51, et § 17 GWB, annotation 9.

(1237) Baumbach-Hefermehl, *op. cit.*, § 16 GWB, annotation 42, et § 25 GWB, annotation 4.

(1238) Rapport du 22 octobre 1962 concernant les amendements à apporter à la loi sur les restrictions à la concurrence.

(1239) Projet de loi déposé le 18 juin 1964, Bundestagdrucksache 292, voy. *W.u.W.*, 1964, p. 623.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

exclus de la livraison (1240) : le registre des prix imposés, jusqu'ici tenu secret, deviendrait accessible au public (1241) ; enfin, il serait présumé, afin de faciliter l'intervention de l'autorité de contrôle, que la clause a pour effet de maintenir les prix à un niveau anormal dès l'instant où, dans un nombre non négligeable de cas, des produits ont été vendus à un prix inférieur au prix imposé (1242).

Sans aller jusqu'à une interdiction radicale, cette modification législative, si elle était adoptée, diminuerait sérieusement l'efficacité des prix imposés comme moyen d'organiser la distribution des produits.

LA FRANCE.

21. — C'est en France, sans doute, que la législation sur la matière dont nous nous occupons est la plus sévère. Le décret n° 58.545 du 24 juin 1958 (1243) modifiant l'article 37 de l'ordonnance n° 45.1483 du 30 juin 1945 sur les prix, assimile à la pratique de prix illicite tant le refus de vendre et la pratique de conditions discriminatoires que l'imposition de prix minimaux eux-mêmes. L'interdiction a une portée générale ; elle vise tant le fait d'un commerçant isolé que celui d'une entente. Des sanctions pénales (amendes et emprisonnement) sont prévues (1244). Toutefois, des dérogations peuvent être accordées par le gouvernement pour certains produits ou services (1245) ; en pratique, il a peu été fait usage de cette possibilité (1246).

La pratique a introduit un certain tempérament à la rigueur de ce principe en vue de permettre le maintien des contrats d'exclusivité lorsque ceux-ci sont justifiés pour des raisons techniques. Le texte de là loi ne frappant que le fait pour un vendeur de « refuser de satisfaire, *dans la mesure de ses disponibilités*... aux demandes des acheteurs... », la Cour de cassation en a déduit que le contrat de concession de vente exclusive, « s'il est établi qu'il n'a pas pour objet ou pour effet, même indirect, de limiter la liberté du concessionnaire de fixer lui-même, comme il l'entend, le prix du produit, mais qu'il tend, au contraire, essentiellement à assurer une amélioration du service rendu au consommateur, peut avoir pour effet de rendre juridiquement indisponible, à l'égard des tiers, la marchandise détenue par le vendeur ». Dès lors, « il incombe au juge répressif d'apprécier dans chaque espèce si le contrat de concession exclusive invoqué par le prévenu correspond à ces caractéristiques, est

(1240) Article 1er, n° 8, litt. (*a*) du projet.
(1241) Article 1er, n° 8, litt. (*b*).
(1242) Article 1er, n° 9.
(1243) *J.O.* du 25 juin.
(1244) Article 40 de l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945.
(1245) Article 37, § 4, alinéa 2, de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945.
(1246) *Guide de l'O.C.D.E.*, France, Décimale 2, p. 3.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

exempt de toute idée de fraude des droits des tiers et ne procède pas de l'esprit de limitation volontaire de la concurrence que condamne la législation économique » (1247).

Il ne s'agit là que d'une exception étroitement circonscrite, qui ne peut être invoquée, selon les termes mêmes dont s'est servi la Cour, que lorsque l'exclusivité n'a pas pour effet, *même indirect*, de limiter la liberté de l'acheteur de fixer comme il l'entend le prix de revente (1248). Ainsi, lorsque le juge constate que l'exclusivité ne constitue, en fait, que « la tentative, par (le concédant), *d'imposer son tarif* sous la menace, plus ou moins voilée, d'une dénonciation à brève échéance de ses liens commerciaux », il sera fondé à déclarer punissable le refus de vente opposé aux tiers par le concédant (1249).

ITALIE.

22. — L'Italie ne possède pas encore de loi sur les pratiques restreignant la concurrence. Le projet présenté par le ministre Colombo au parlement le 24 février 1960 prévoit l'interdiction générale de toutes les impositions contractuelles de prix, qu'elles soient verticales ou horizontales (1250). Il n'est pas certain, toutefois, que ce projet sera adopté tel quel.

CONCLUSION.

23. — Cet aperçu sommaire nous a permis de montrer que la majorité des législations des pays industrialisés européens interdisent les prix imposés ; le refus de vente est également visé, dans la mesure où il constitue un moyen d'imposer le respect des prix imposés. Toutefois, d'importantes nuances peuvent être discernées : certains pays n'interdisent ces pratiques que lorsqu'elles sont le fait de plusieurs entreprises

(1247) Cass., 11 juill. 1962, *J.C.P.*, II, 12.799 ; *Gaz. Pal.*, 2, 132 ; *Dall.*, J. 497, avec le rapport du conseiller Costa. Dans le sens qu'un refus de vente peut être justifié par une concession d'exclusivité, voy. aussi : Comm. Nantes, 23 avril 1956, et Comm. Nice, 29 avril 1955, *J.C.P.*, 1956, II, 9640, note R. Plaisant et J. Lassier ; — Bordeaux, 10 déc. 1958, *J.C.P.*, 1959, II, 10.933 ; — Aix, 14 oct. 1958, *J.C.P.*, 1959, II, 10.924.

(1248) Voy. Cass., 11 juill. 1962 précité. Voy. aussi l'arrêt de renvoi de la Cour d'Amiens, 9 mai 1963, *J.T.*, 637 et notre note ; *Dall.*, J. 556, note J. Hemard.

(1249) Amiens, 9 mai 1963, précité. Voy. en outre, sur le droit français : J.-B. Blaise, *Le statut juridique des ententes économiques dans le droit français et le droit des Communautés européennes*, Paris, 1964, pp. 231 et s. ; — P.-F. Ryziger, « Le contrat de concession exclusive face au délit de refus de vente et à la réglementation sur les restrictions à la concurrence dans le Marché commun », *Gaz. Pal.*, 22 janv. 1963 ; — F.-Ch. Jeantet, « Réflexions sur l'application du droit des ententes aux contrats comportant une clause d'exclusivité », *J.C.P.*, 1963, I, 1743. — Voy. enfin l'importante circulaire du 31 mars 1960 relative à l'interdiction des pratiques commerciales restreignant la concurrence (dite « Circulaire Fontanet »), *J.O.* du 2 avril.

(1250) Article 1er du projet.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

agissant de concert (1251) ; d'autres les condamnent même lorsqu'elles résultent de la conduite d'une entreprise isolée (1252). Parfois, une solution mixte est adoptée, les clauses collectives étant interdites de plein droit, mais le gouvernement ayant le pouvoir d'étendre la prohibition aux clauses individuelles dans certains secteurs ou pour certains produits (1253). Généralement, des sanctions pénales sont prévues ; toutefois, au Royaume-Uni, prix imposés et refus de vente ne donnent lieu qu'à une action civile intentée par la Couronne ou par les tiers intéressés (1254).

Dans tous les cas où les prix imposés font l'objet d'une interdiction générale, la possibilité est offerte aux entreprises d'obtenir une exemption pour des accords ou produits déterminés.

24. — Le système du projet de loi actuellement pendant devant les Chambres législatives belges, est prudent et souple. Prudent, il ne s'en prend pas aux accords de prix imposés comme tels, mais se borne à conférer au gouvernement les pouvoirs d'action nécessaires pour intervenir, si le besoin s'en fait sentir. Souple, il met à la disposition du gouvernement des moyens puissants, pouvant aller jusqu'à l'interdiction des prix imposés individuellement dans tous les principaux secteurs de la distribution des biens et des services ; cette interdiction une fois prononcée entraîne, par voie de conséquence, celle du refus de vente, individuel ou collectif. Au lieu de partir du principe que les prix imposés sont interdits, sauf dérogation accordée par l'autorité, le projet laisse subsister leur validité aussi longtemps que le ministre des Affaires économiques n'en a pas décidé autrement.

En ce qui concerne les sanctions, on notera que, si toute infraction à un arrêté interdisant les prix imposés dans un secteur déterminé est pénalement sanctionnée (1255), le refus de vente, quant à lui, ne peut donner lieu qu'à une action en cessation, laquelle pourra être exercée par le ministre des Affaires économiques (1256).

Vu à la lumière du droit comparé, le système du projet de loi Spinoy-De Clerck en matière de prix imposés se caractérise par sa modération. À l'heure où les prix imposés font l'objet d'une condamnation de principe, non seulement dans le Traité de Rome (1257), mais également dans les droits de la plupart des pays voisins, il était nécessaire d'introduire

(1251) C'est le cas, théoriquement du moins, aux États-Unis et en Allemagne.
(1252) France, Royaume-Uni, Suède, Norvège, Danemark.
(1253) Pays-Bas.
(1254) Voy. *supra*, n°s 9 et 10.
(1255) Article 63, § 1er.
(1256) Articles 58 (1) et 60.
(1257) Article 85. Voy. à ce sujet notre étude : « Prix imposés et refus de vente en droit belge », à paraître à la *Revue critique de jurisprudence belge*, 1965, n° 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

certaines modifications à l'état de la législation belge en la matière. L'interpénétration croissante des économies, conséquence de la libération des échanges, ne peut s'accommoder, sous peine de créer des distorsions de la concurrence, de l'existence de disparités importantes dans les régimes juridiques applicables aux transactions commerciales (1258). Dans la mesure où elle s'inscrit dans le cadre d'une nécessaire harmonisation des législations nationales sur la concurrence, l'initiative gouvernementale paraît répondre aux exigences actuelles de l'intégration économique européenne.

* * *

(1258) Selon une information de presse, la Commission de la C.E.E. aurait décidé de confier à un institut scientifique la tâche d'effectuer une étude concernant les interventions des États dans le domaine de la législation sur les prix. Un des buts de cette étude serait de déterminer si ces interventions donnent lieu à des distorsions qui doivent être éliminées. Voy. Bulletin *Europe*, n° 2009, mardi 15 décembre 1964.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réseaux de vente à prix imposés
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

* * *

3. *Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle*

On sait que, par sa décision du 23 septembre 1964 dans l'affaire Grundig-Consten, la Commission avait interdit un accord de dépôt de marque entre un fabricant et son distributeur exclusif dans la mesure où cet accord permettait aux parties de cloisonner les marchés par l'utilisation du droit sur la marque en question.

Dès avant cette décision, j'avais aperçu les risques que le principe de territorialité des droits de propriété industrielle faisait courir pour l'unité du marché commun. Certes, une convention sur un droit européen des marques était en négociation, laquelle contenait des dispositions interdisant au titulaire d'une marque européenne ou nationale d'invoquer son droit pour empêcher l'importation de produits mis en circulation par lui-même ou avec son consentement dans un autre État membre. Toutefois, cette disposition n'allait pas assez loin, puisqu'elle permettait au titulaire d'une marque nationale d'empêcher l'importation de produits mis sur le marché dans un autre État membre par une personne tierce économiquement liée avec lui.

Je dénonçai les dangers auxquels pouvait donner lieu pareille utilisation abusive des droits de propriété industrielle dans un article publié

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

en anglais en 1964 (1259) ; je développai un peu plus tard les mêmes idées dans un article publié en hommage à l'un de mes maîtres, éminent commercialiste, le professeur Louis Fredericq (1260).

« La protection des marques et le marché commun européen »,
Liber Amicorum Baron Louis Fredericq,
Gand, Faculté des Sciences juridiques de Gand, 1966, pp. 1143-1169.

SECTION I. INTRODUCTION

1. — L'établissement du marché commun prévu par le Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne n'aura pas pour conséquence d'abolir toutes les restrictions à la libre circulation des marchandises. Si l'article 3 (*a*) du Traité dispose que l'action de la Communauté comporte l'élimination, entre les États membres, des droits de douane et des restrictions quantitatives à l'entrée et à la sortie des marchandises, ainsi que de toutes autres mesures d'effet équivalent, et si les modalités de cette libération sont établies de manière détaillée par les articles 9 à 37, il n'en est pas moins vrai que, même après l'expiration de la période transitoire prévue à l'article 8, les frontières des États membres continueront, dans de nombreux cas, à créer des obstacles aux échanges.

2. — Particulièrement importantes, parmi les restrictions que laisse subsister le Traité, sont celles qui résultent de la coexistence, au sein du marché commun, de législations nationales distinctes en matière de propriété industrielle, et plus particulièrement en matière de marques de fabrique et de commerce. On sait, en effet, que l'article 36 autorise les interdictions d'importation, d'exportation ou de transit justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle. Certes, ces interdictions ne peuvent constituer un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres ; cependant, sous cette réserve, la compétence législative nationale en matière de propriété industrielle demeure intacte.

(1259) Trademark Problems in the European Common Market, The Trademark Reporter, vol. 54, pp. 333-371.

(1260) Louis Fredericq, professeur à la Rijksuniversiteit te Gent et président du Centre interuniversitaire de droit comparé, avait été le directeur scientifique de mon premier ouvrage : « Le transfert de la propriété dans la vente d'objets mobiliers corporels en droit comparé », publié en 1961 par les Établissements Émile Bruylant.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Nous voudrions consacrer la présente étude à l'examen des problèmes posés par cette pluralité de régimes distincts relatifs aux marques. Nous commencerons par analyser la portée qui est reconnue au droit sur la marque dans les systèmes nationaux ; nous examinerons ensuite les conséquences qui découlent, pour le commerce international, du caractère territorial qu'a la marque en droit interne ; nous montrerons les difficultés auxquelles donne lieu la diversité des législations sur les marques pour le développement du marché commun et nous rechercherons les remèdes qui peuvent être portés à cette situation.

SECTION II. ÉTENDUE DE LA PROTECTION DE LA MARQUE EN DROIT NATIONAL

3. — D'une façon générale, on peut dire que la marque confère à son titulaire le droit de s'en servir à titre exclusif pour distinguer les produits de son industrie ou les objets de son commerce. Telle est du moins la portée qui lui est reconnue par les lois nationales en la matière (1261).

Toutefois, ceci ne nous apprend pas grand'chose quant à l'étendue des droits que le titulaire d'une marque peut faire valoir à l'égard des tiers. On admet généralement qu'il peut s'opposer à ce que ceux-ci apposent, sans son autorisation, un signe identique ou ressemblant sur des produits de la même sorte que ceux pour lesquels il se sert de sa marque, et à ce qu'ils vendent ou mettent en vente ou en circulation les produits revêtus sans son autorisation d'un signe identique ou ressemblant à sa marque (1262).

4. — Le titulaire dispose-t-il de pouvoirs plus étendus ? Pourrait-il notamment se fonder sur sa marque pour obliger les tiers à respecter les conditions auxquelles il a subordonné la mise en circulation des produits marqués ? On pourrait imaginer, en effet, qu'un titulaire d'une marque qui fabrique des objets qu'il livre ensuite à des grossistes après les avoir revêtus de sa marque impose à ces grossistes certaines conditions concernant la revente de ces objets : obligation de ne livrer qu'à certains détaillants, obligation de ne vendre qu'à prix imposé, interdiction d'exporter, etc. Pourrait-il, indépendamment de son recours éventuel contre son cocontractant et contre le tiers qui se serait rendu complice de la violation contractuelle, faire état de sa marque pour inter-

(1261) Belgique : loi du 1er avril 1879, article 1er ; France : loi du 23 juin 1857, article 1er ; Italie : Décret royal du 21 juin 1942, n° 929, article 1er ; Allemagne : loi du 5 mai 1936, article 1er ; Pays-Bas : loi du 30 septembre 1893, article 3, paragraphe 1er ; Loi uniforme Benelux du 19 mars 1962, (non encore entrée en vigueur) : article 1er.

(1262) Loi belge : article 8 ; loi française : articles 7 et 8 ; loi allemande : article 24 ; code pénal italien, article 473 et 474 ; code pénal néerlandais : article 337 ; loi uniforme Benelux, article 13 (A).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

dire à quiconque de disposer des produits sans respecter les conditions auxquelles leur revente était soumise ?

5. — Deux conceptions s'affrontent à ce sujet. Ainsi, en Belgique, d'éminents auteurs soutiennent qu'en raison du caractère réel du droit du fabricant sur sa marque, celui-ci peut s'opposer à tout emploi de celle-ci par un tiers qui porterait atteinte à la valeur économique de cette marque. Nonobstant la mise en circulation de la marchandise, le titulaire demeure propriétaire de la marque ; son cocontractant n'en obtient que la détention précaire, temporaire et limitée ; lorsqu'il revend le bien, il ne peut transmettre à son acheteur un droit plus étendu sur la marque que celui qu'il détenait lui-même. Cet acheteur sera donc soumis aux mêmes limitations, en ce qui concerne l'emploi de la marque, que celles qui existaient dans les rapports entre le titulaire et son cocontractant. S'il ne respecte pas ces limitations, le titulaire pourra « revendiquer » la marque, c'est-à-dire lui en interdire l'usage tant qu'il ne se conforme pas aux conditions posées au moment de la première mise en circulation (1263).

Cette théorie, qui avait été accueillie par le tribunal de commerce d'Anvers (1264), n'a pas été suivie par la Cour d'appel de Bruxelles (1265). La Cour déclare que le droit de propriété du fabricant sur sa marque ne comprend pas le droit d'obliger les détaillants à respecter les prix imposés par lui, ce droit étant épuisé par l'usage fait de la marque lors de la première mise en circulation. Un pourvoi en cassation formé contre cet arrêt a été rejeté pour des motifs tenant plus à la nature des moyens invoqués qu'au fondement même de la thèse admise par le tribunal d'Anvers (1266). La question demeure donc ouverte dans notre pays (1267).

6. — En France, la jurisprudence a reconnu à maintes reprises le droit pour le titulaire d'une marque de faire respecter par les tiers les clauses de prix imposés auxquelles il subordonne la revente des produits qu'il met en circulation (1268). Cependant la doctrine hésite à fonder ces solu-

(1263) J. Limpens, *Prijshandhaving buiten contract bij verkoop van merkartikelen*, Bruxelles, 1943, n°s 216 et s., spécialement n°s 262 et s. ; *Idem*, *La vente en droit Belge* (en collaboration avec J. Heenen, E. Gutt, J. Matthys et J. Van Damme), Bruxelles et Paris, 1960, n°s 1343 à 1348.

(1264) 18 juin 1954, *Ing.-Cons.*, 1955, p. 181.

(1265) 8 juin 1955, *J.T.*, 1956, p. 253, note L. Van Bunnen.

(1266) Cass. 29 mars 1957, *Pas.*, I, p. 927. *Cf.* aussi J. Limpens, *La vente en droit belge*, n° 1348.

(1267) Signalons cependant que, dans un arrêt récent, la Cour de cassation a décidé que le fait de l'acquéreur d'un produit revêtu d'une marque qui le met en vente avarié, dénaturé ou usagé, n'entre pas dans les prévisions de la loi du 1er avril 1979 et ne peut dès lors être interdit par le titulaire en vertu de son droit sur la marque : Cass. 27 octobre 1961 (*Moët et Chandon*), *Pas.*, 1962, I, 218. La Cour suprême semble donc adopter une conception restrictive de l'étendue de la protection du droit à la marque.

(1268) Cass. req., 3 août 1934, (*Houbigant*), *D.H.*, 1934, p. 489 ; Paris, 21 octobre 1937 (*Pèr'Lustrucu*), *S.*, 1937, 2, p. 225, note A. Jack ; Trib. comm. Nantes, 23 avril 1956, *J.C.P.*, 1956, II, 9640, note R. Plaisant et J. Lassier.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tions sur le droit à la marque, mais en cherche la justification principalement dans une application extensive de la théorie de la responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat (1269).

Aujourd'hui, cependant, la question a perdu une grande partie de son importance pratique depuis que l'article 37 de l'ordonnance N° 1483 du 30 juin 1945, modifiée par le décret N° 545 du 24 juin 1958, a interdit les prix de vente imposés et les refus de vente. Dans un arrêt du 13 juillet 1961 (« Olibet ») (1270), la Cour de cassation a déclaré que le droit à la marque ne pouvait être invoqué par un fabricant comme cause de justification de son refus de vendre à des commerçants qui ne respectaient pas les clauses de prix imposés. Il en résulte que la protection de la marque ne peut en tout cas plus, en France, s'étendre au respect des prix imposés (1271). Mais cela n'exclut pas qu'elle puisse couvrir d'autres clauses restrictives de la liberté des revendeurs, dans la mesure où ces clauses ne sont pas interdites par la loi pénale.

7. — La situation se présente différemment aux Pays-Bas. Longtemps, la doctrine a été divisée. Les uns soutenaient que toute revente portant sur les produits marqués constitue un acte d'usage de la marque et peut, à ce titre, être interdit ou soumis à des restrictions par le titulaire (1272). Selon les autres, seul le fait d'apposer ou de faire apposer la marque sur la marchandise constitue l'« usage » de celle-ci au sens de la loi et peut par conséquent être interdit en vertu du droit exclusif. Une fois les objets marqués mis en circulation par le titulaire ou avec son autorisation, les tiers sont libres de les revendre ; la violation éventuelle ne peut donner lieu qu'à un recours en dommages-intérêts, au cas où le tiers a commis une faute, et non à une action fondée sur la marque (1273).

Dans un arrêt du 14 décembre 1956, (*Prins c. Grundig*) (1274), le *Hoge Raad* a tranché en faveur de cette deuxième conception. Selon la décision, la marque, quoique constituant indéniablement un bien incorporel,

(1269) J. Hémard, *Les contrats commerciaux*, dans : J. Escarra, Ed. Escarra et J. Rault, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, Paris, 1953, t. I, n° 218. Pourtant, certains auteurs expliquent les solutions jurisprudentielles par un recours au droit des marques : P. Roubier, *Les droits de propriété industrielle*, Paris, 1952, t. I, p. 580 ; t. II, p. 515.

(1270) *S.* 1961, p. 289.

(1271) Rapport de M. le Conseiller Costa avant l'arrêt du 13 juillet 1961, cité à la note précédente.

(1272) Hijman, articles au *Weekblad van het Recht*, n°s 11996 et 12003 ; G.H.C. Bodenhausen, *Merkschending met waar, afkomstig van de merkgerechtigde*, in Rechtsgeleerd Magazijn Themis, 1943, p. 337, spécialement pp. 350 à 352 ; G.H.C. Bodenhausen, in W.P.L. Molengraaff, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandse Handelsrecht*, 9e éd., 1re partie, revue par C.W. Star-Busmann et Chr. Zevenbergen, Haarlem, 1953, p. 123. Voy. aussi Trib. d'arrond. d'Almelo (réf.), 29 octobre 1956, in *Nederlandse Jurisprudentie*, 1957, n° 274 (*Saba*).

(1273) W.L. P.A. Molengraaff, Articles au *Weekblad van het Recht*, n°s 11990, 11999 et 12003.

(1274) *Nederlandse Jurisprudentie*, 1962, n° 242, note Hijmans van den Bergh ; Ars Aequi, 1956-1957, p. 233, note J.H. Beekhuis ; *Bijblad industriële eigendom*, 1957, p. 46, note G.H.C. Bodenhausen.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

un « droit privé subjectif », n'a pas pour but de permettre à son titulaire de jouir d'un monopole de vente sur les marchandises marquées. La garantie accordée par la loi sur les marques sert exclusivement à protéger les intérêts du titulaire ainsi que ceux du public acheteur contre toute confusion concernant la provenance des marchandises. La Cour poursuit : « Il n'est pas au pouvoir du titulaire, en stipulant, au moment de la mise en circulation des marchandises, des restrictions à la revente de ces marchandises (par exemple en limitant la revente à un certain rayon ou en imposant des prix), de frapper d'illégalité le comportement de ceux qui ne respectent pas ces restrictions » (1275). Lorsque les marchandises vendues proviennent du titulaire lui-même, celui-ci ne dispose que de l'action contractuelle contre celui à qui il a livré, et de l'action quasi-délictuelle contre les tiers dont le comportement est fautif à son égard.

Cet arrêt, rendu sur les conclusions conformes de l'avocat général G.E. Langemeijer (1276), est généralement approuvé par les auteurs néerlandais (1277). Il y a donc tout lieu de considérer que la solution qu'il énonce est bien établie.

8. — La situation est également claire en Allemagne. Au début du siècle, en effet, le *Reichsgericht* eut à se prononcer dans une affaire mettant aux prises un fabricant d'eau de Cologne et un détaillant qui ne pratiquait pas les barèmes de prix imposés par le fabricant. Aux prétentions de ce dernier, selon lesquelles le droit à la marque comprendrait le droit de s'opposer à toute revente non autorisée des produits marqués, le Tribunal suprême répond que le but de la marque est d'individualiser les marchandises et d'éviter qu'elles puissent être confondues avec celles d'autrui ; ce but n'est pas d'empêcher la vente, dans des conditions irrégulières, des marchandises protégées par la marque. Lorsque le titulaire a lui-même mis les biens en circulation après avoir apposé sur eux sa marque, son droit est épuisé (*erschöpft*).

La marque ne confère pas le monopole de la vente des produits marqués (1278).

(1275) « De gedragingen van hen, die met deze bepalingen in strijd handelen te stempelen tot een schending van zijn merkenrecht ».

(1276) Mr. Langemeijer est aujourd'hui Procureur général près le *Hoge Raad*.

(1277) Notes J.H. Beekhuis et Hijmans van den Bergh précitées, *supra*, note 2 ; C.J. De Haan, *Omvang van het uitsluitend recht op een merk en doel van de Merkenwet*, in *Nederlands juristenblad*, 1957, p. 461 ; T.J. Dorhout Mees, *Kort begrip van het Nederlandse Handelsrecht*, 3e éd., Haarlem, 1961, n° 333. En revanche, G.H.C. Bodenhausen, note précitée (*supra*, note 2) critique la solution du *Hoge Raad*.

(1278) *Reichsgericht*, 28 février 1902, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, vol. 50, p. 229. Notons cependant qu'en droit allemand, la marque constitue, à la différence de ce qui est admis en France (*supra*, n° 6), une cause de justification au regard du droit des ententes ; ainsi, le § 16 de la loi contre les restrictions à la concurrence fait échapper, sous certaines conditions, les clauses de prix imposés relatives à des articles de marque à l'interdiction de principe

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La doctrine allemande est dans le même sens (1279).

9. — La Cour de cassation italienne considère également que le but du droit des marques est uniquement de créer un lien entre les marchandises marquées et l'établissement dont elles proviennent. Lorsque les revendeurs successifs ne respectent pas les obligations auxquelles le titulaire a subordonné la mise en circulation, ils ne commettent aucune infraction contre les droits de ce dernier sur sa marque ; du moment où les marchandises portent la marque authentique de l'entreprise qui en est titulaire en Italie, aucune violation du droit de cette entreprise n'est concevable (1280).

10. — Les jurisprudences suisse (1281) et autrichienne (1282) admettent, elles aussi, l'épuisement des droits du titulaire, une fois les marchandises mises par lui en circulation.

11. — La loi uniforme Benelux du 19 mars 1962 (1283) accorde, à première vue, une protection plus étendue au titulaire d'une marque. Aux termes de l'article 13 (A), celui ci peut s'opposer non seulement à tout emploi qui serait fait de la marque ou d'un signe ressemblant pour les produits pour lesquels la marque est enregistrée ou pour des produits similaires, mais aussi à tout autre emploi qui, dans la vie des affaires, et sans juste motif, serait fait de la marque ou d'un signe ressemblant en des conditions susceptibles de causer un préjudice au titulaire de la marque. Comme le fait observer l'exposé des motifs (1284), cette disposition confère au titulaire une protection plus considérable que les lois nationales existantes.

Toutefois, le deuxième alinéa de l'article 13 (A) introduit une restriction importante à l'étendue de ce droit : « Le droit exclusif à la marque n'implique pas le droit de s'opposer à l'emploi de cette marque pour les produits que le titulaire ou son licencié a mis en circulation sous ladite marque à moins que l'état des produits n'ait été altéré ».

Il en résulte que, comme en Allemagne, aux Pays-Bas, en Italie, en Suisse et en Autriche, la mise en circulation par le titulaire ou avec son

énoncée au § 15. Mais il s'agit là d'un problème tout à fait différent de celui que nous examinons ici.

(1279) A. Baumbach et W. Hefermehl, *Wettbewerbs – und Warenzeichenrecht*, 8e éd., Munich et Berlin, 1960, *Warenzeichengesetz*, § 15, Anmerkung 17.

(1280) Cassaz. 20 octobre 1956, nº 3781, *Foro italiano*, 1957, I, 1021, (*Palmolive*).

(1281) Tribunal fédéral suisse, 4 octobre 1960, *Arrêts du Tribunal Fédéral*, vol. 86, II, p. 270 (*Philips*) : « La loi ne permet entre autres pas au titulaire d'interdire aux tiers tout commerce qu'il n'aurait pas autorisé portant sur les biens fabriqués par lui ».

(1282) *Oberster Gerichtshof*, 29 mars 1960, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands – und internationaler Teil*, 1960, p. 557 (*Seeburg*).

(1283) La loi uniforme n'est pas encore entrée en vigueur, les ratifications nécessaires n'ayant pas été obtenues.

(1284) P. 27.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

autorisation entraîne, dans le système envisagé pour les pays du Benelux, l'épuisement du droit ; il n'en est autrement que lorsque l'état de la marchandise s'est altéré (1285).

12. — Pour conclure, nous pouvons constater que, malgré une tendance notable vers une conception restrictive de la protection accordée par le droit à la marque, une certaine incertitude subsiste en Belgique et en France. À la théorie qui voudrait reconnaître au titulaire un véritable droit de suite quant à l'emploi de sa marque par les tiers, s'opposent ceux pour qui ce droit est épuisé après la mise en circulation régulière des produits marqués, faite par le titulaire ou avec son autorisation.

SECTION III. LE PRINCIPE DE TERRITORIALITÉ SON APPLICATION ET SES LIMITES

13. — Il est généralement admis que la protection accordée aux marques est limitée au territoire de l'État dont la législation reconnaît l'existence de cette marque (1286). Il en résulte que lorsqu'une même marque est déposée ou enregistrée dans des pays différents, il naît autant de droits distincts qu'il existe de pays dans lesquels la marque a été déposée ou enregistrée. Chacun de ces droits est indépendant des autres quant à sa validité et à sa durée. La situation n'est pas différente en principe lorsque, au lieu d'effectuer des dépôts nationaux séparés, on obtient l'enregistrement international prévu par l'Arrangement de Madrid du 14 avril 1891 (1287) : cet enregistrement ne confère pas un droit unique valable dans tous les États parties à l'Arrangement, mais permet uniquement au titulaire de jouir de la même protection que si le dépôt avait été opéré indépendamment dans chacun de ces États.

14. — Cette limitation territoriale du droit à la marque soulève divers problèmes qui touchent à l'objet de la présente étude. En premier lieu, on peut se demander si, lorsqu'une seule personne jouit, dans plusieurs pays, relativement à un signe identique, de la protection accordée par la législation nationale sur les marques, elle est en droit de s'opposer à ce

(1285) Sur ce dernier point, la solution retenue par le projet Benelux se distingue du droit en vigueur en Belgique : *cf. supra*, note 5, p. 1145.

(1286) E. Pouillet, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*, 6e éd., Paris, 1912, par A. Taillefer et Ch. Claro, nº 138 ; P. Roubier, *Les droits de propriété industrielle*, Paris, 1952, t. I, p. 405 ; T.J. Dorhout Mees, *Kort begrip van het Nederlandse Handelsrecht*, nº 291 ; A. Baumbach et W. Hefermehl, *Wettbewerbs – und Warenzeichenrecht*, *Warenzeichengesetz*, *Einleitung*, Amn. 8 ; A. Troller, *Die territoriale Unabhängigkeit der Markenrechte im Warenverkehr*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, *Auslands – und Internationaler Teil*, 1960, p. 244.

(1287) *Cf.* Article 4 de l'Arrangement ; aussi : P. Roubier, *o. c.*, t. II, p. 639 et s. ; A. Baumbach et W. Hefermehl, *o. c.*, *Warenzeichengesetz*, *Vorbemerkung M.H.A.* V, nº 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

que des tiers introduisent et mettent en vente sur le territoire d'un de ces pays des marchandises qu'elle a elle-même mises en circulation sous sa marque dans un autre pays. La question aura de l'importance lorsqu'il existe, dans les différents pays, des réseaux de distribution distincts, pratiquant des prix de vente au détail différents.

Une question semblable se pose lorsque plusieurs personnes se servent, dans des pays différents, de signes identiques pour distinguer des produits de la même sorte. Chacune de ces personnes peut-elle faire valoir sa marque pour interdire la vente sur le territoire national de marchandises mises en circulation à l'étranger par le titulaire de la marque étrangère ?

Enfin, on peut se demander si la solution doit être différente lorsque les divers titulaires des marques identiques poursuivent des intérêts économiques communs, soit qu'il s'agisse de sociétés faisant partie d'un même groupe financier, et fabriquant les produits selon des normes communes, soit qu'il s'agisse de sociétés indépendantes mais liées par des accords en vertu desquels l'une fabrique des objets que les autres lui achètent pour les revendre, sous la marque convenue, dans les pays où elles sont établies.

I. Marques identiques appartenant au même titulaire

A. Marchandises provenant d'un même établissement industriel.

15. — Lorsqu'une personne se sert, dans plusieurs pays, d'une même marque pour distinguer les produits de sa fabrication, on peut se demander si elle peut invoquer, dans un de ces pays, le droit qui lui est reconnu par la législation nationale, en vue d'empêcher la vente de produits qu'elle a elle-même mis en circulation dans un autre pays. En d'autres mots, à supposer que le droit sur la marque soit épuisé lorsque le titulaire a mis le bien en circulation, cet effet d'épuisement se limite-t-il au territoire du pays dans lequel la mise en circulation a eu lieu, ou entraîne-t-il également l'épuisement, par rapport aux biens mis en circulation, des droits possédés dans les autres pays ? Est-il possible pour le titulaire, en imposant, lors de la mise en circulation, des interdictions d'exportation à ses acheteurs, de marquer ainsi sa volonté de limiter territorialement l'effet d'épuisement et de converser, relativement aux marchandises mises en circulation, l'intégralité des droits que lui accordent les législations des autres pays ?

La réponse à ces questions variera selon la portée plus ou moins étendue que l'on reconnaît à la protection de la marque (1288). En effet,

(1288) *Cf.* n°s 5 à 12, *supra*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

si l'on considère que le but de la marque est d'indiquer l'origine des objets marqués, et non de permettre au titulaire d'interdire toute transaction non autorisée portant sur eux, le lieu où ces objets ont été mis en circulation devient sans importance : car il s'agit dans tous les cas de biens provenant de l'établissement du titulaire lui-même, et dont la revente ne peut en aucune façon léser les droits de ce dernier sur sa marque. Si, au contraire, on adopte la conception extensive de la protection de la marque (1289), on considérera qu'il est au pouvoir du titulaire, en stipulant une interdiction d'exportation, de limiter l'aire dans laquelle les objets marqués peuvent licitement être revendus ; dès lors, tout franchissement des limites tracées pourra être réprimé par une action fondée sur la marque.

16. — Ce parallélisme entre la portée de la protection de la marque en droit interne et l'étendue du droit du titulaire d'interdire la vente de biens qu'il a lui-même mis en circulation à l'étranger se dégage de l'arrêt déjà cité (1290) du *Hoge Raad* des Pays-Bas du 14 décembre 1956. Un fabricant d'appareils de radio (la société allemande Grundig G.m.b.H.) était titulaire de la marque « Grundig » tant en Allemagne qu'aux Pays-Bas ; il imposait des interdictions d'exporter à ses grossistes allemands ; néanmoins, un commerçant néerlandais (Prins) étant parvenu à se procurer des appareils « Grundig » en Allemagne, qu'il revendait aux Pays-Bas à des prix inférieurs à ceux pratiqués par le distributeur officiel néerlandais, le fabricant allemand invoqua son droit à la marque néerlandaise pour lui interdire de poursuivre ces opérations aux Pays-Bas. Le *Hoge Raad* évita de se laisser entraîner sur le terrain de l'effet territorial ou non de l'épuisement résultant de la mise en circulation des appareils en Allemagne (1291). Adoptant l'attitude, plus radicale, selon laquelle il n'y a atteinte à la marque que lorsque les marchandises vendues ne proviennent pas du titulaire lui-même et en refusant à celui-ci le pouvoir de se fonder sur sa marque pour faire respecter les restrictions auxquelles il entend subordonner la revente par des tiers (1292), le Collège suprême répond à la fois à la question précise qui lui était posée et à celle, plus générale, de la protection à reconnaître au droit du titulaire sur sa marque (1293).

(1289) *Cf.* n°s 5 et 6, *supra*.

(1290) *Supra*, note 2, p. 1147.

(1291) Ce problème fut examiné de manière très approfondie par l'Avocat général LANGEMEIJER dans ses remarquables conclusions, reproduites à la *Nederlandse Jurisprudentie*, 1962, n° 242.

(1292) *Cf. supra*, note 2, p. 1147.

(1293) *Cf.* notes J.H. BEEKHUIS, ARS AEQUI, 1956-1957, p. 233 et s. ; HIJMANS VAN DEN BERGH, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1962, n° 242.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

17. — En Allemagne, où la théorie restrictive de la protection des marques est également prédominante (1294), la même solution semble admise. Ainsi, dans un arrêt du 3 octobre 1952, la Cour d'appel de Hambourg constate que lorsque le signe a été apposé sur les marchandises pax le titulaire de la marque allemande (en l'espèce, un fabriquant français de rouge à lèvres), la vente de ces marchandises en Allemagne ne peut être considérée comme irrégulière au sens de la loi allemande et ne peut, par suite, être interdite par le licencié allemand de cette marque (1295). Un récent arrêt de la Cour de Francfort est plus explicite (1296). Après un examen approfondi de la notion de marque, qui est d'indiquer l'origine des marchandises, et une analyse des rapports entre le principe de territorialité et l'épuisement du droit à la marque, il conclut que la mise en circulation à l'étranger doit être considérée comme entraînant l'épuisement en Allemagne lorsqu'elle est l'œuvre du titulaire lui-même (1297).

18. — En Italie, la Cour de cassation a, elle aussi, déclaré « qu'il ne fait pas de doute qu'aussi longtemps qu'une seule personne est titulaire d'une marque enregistrée dans plusieurs pays, le déplacement des biens, régulièrement marqués, d'un de ces pays vers un autre, est sans relevance du point de vue de la protection de la marque. Aucune violation du droit exclusif n'est concevable dans ce cas, puisque la marque apposée sur les marchandises importées est la marque authentique de l'entreprise même qui jouit du droit exclusif dans le pays d'importation » (1298). Ici aussi, par conséquent, on constate que la jurisprudence se fonde sur la portée restreinte de la protection de la marque en droit interne pour en déduire l'impossibilité pour le titulaire de s'opposer à la vente de marchandises qu'il a lui-même mises en circulation à l'étranger.

19. — En ce qui concerne le projet de loi uniforme Benelux, dont nous avons vu (1299) que l'article 13 (A), 2e alinéa, interdit au titulaire de s'opposer à l'emploi de la marque pour des produits qu'il a lui-même mis en circulation sous ladite marque (1300), l'exposé des motifs précise qu'il en est ainsi, que les produits aient été mis en circulation à l'intérieur ou *hors* du territoire du Benelux (1301).

20. — Relevons pour terminer qu'en Suisse, la jurisprudence ne permet pas non plus au titulaire de se prévaloir de sa marque pour empêcher

(1294) *Cf. supra*, nº 8.
(1295) *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1953, p. 177 (*Le Rouge Baiser*).
(1296) 22 février 1962, *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1962, p. 203 (*Maja*).
(1297) Cette décision vient d'être confirmée par le *Bundesgerichtshof*, 22 janvier 1964, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, *Auslands – und Internationaler Teil*, 1964, p. 202.
(1298) Cassaz., 20 octobre 1956, nº 3781, cité *supra*, note 3, p. 1148.
(1299) *Supra*, nº 11.
(1300) Sauf si l'état des produits a été altéré.
(1301) P. 28.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

que des tiers vendent sans son autorisation des biens couverts par elle, ou pour les obliger à respecter les clauses d'exclusivité ou de maintien des prix qu'il aurait stipulées (1302). Cependant, comme nous le verrons plus loin, les tribunaux aboutissent à ce résultat en suivant un raisonnement fort différent de celui qui a été adopté dans les autres pays (1303).

21. — Il apparaît en conclusion que lorsqu'une même personne est titulaire d'une marque dans plusieurs pays, on ne lui reconnaît le droit de s'opposer à l'importation dans un pays de produits qu'elle a fabriqués et mis en circulation dans un autre pays que dans les systèmes juridiques qui admettent le droit pour le titulaire d'interdire toute opération portant sur les produits marqués lorsqu'elle a lieu sans son autorisation. Au contraire, dans les droits qui attachent un effet d'épuisement à la mise en circulation des produits marqués, effectuée par le titulaire ou avec son autorisation, ces produits une fois régulièrement mis en circulation pourront librement être introduits sur le territoire de tout autre État dans lequel la même personne est titulaire de la marque.

B. Marchandises provenant d'établissements industriels différents.

22. — La solution qui vient d'être dégagée ne doit-elle pas être différente lorsque le titulaire possède, dans les différents pays où il exploite sa marque, des établissements industriels distincts, et qu'il vend ses produits exclusivement dans les pays où ils sont fabriqués ? La même question se pose lorsque le titulaire, sans exploiter lui-même la marque, autorise des tiers à fabriquer les articles et à les mettre en circulation sous la marque. Si on admet que ces produits, après avoir été mis en circulation, par le titulaire ou avec son autorisation, peuvent librement être revendus dans les autres États, on créerait un risque de confusion, puisque rien ne garantit que les produits sont fabriqués selon exactement les mêmes procédés et avec le même soin dans les différents établissements. On peut facilement concevoir que la qualité varie selon le niveau de développement technique, les qualifications de la main d'œuvre, les matières premières disponibles, et d'autres conditions locales.

23. — À part le Tribunal fédéral suisse qui, comme nous le verrons plus loin, attache une importance décisive à l'établissement dont les marchandises proviennent (1304), et qui se montrerait sans doute disposé à reconnaître le droit du titulaire-fabricant d'interdire la vente de biens provenant d'un de ses établissements à l'étranger, la jurisprudence européenne ne semble pas avoir dégagé un critère permettant de tenir compte

(1302) Tribunal fédéral, 4 octobre 1960, cité *supra*, note 4, p. 1148.
(1303) *Infra*, n° 32.
(1304) *Cf. infra*, n° 32.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de cette situation. La seule décision qui ait eu, à notre connaissance, à se prononcer sur un cas de cette espèce (1305), ne semble pas avoir considéré comme relevant le fait que les biens vendus par le défendeur, quoique provenant du titulaire, étaient fabriqués dans un autre établissement que ceux pour lesquels le demandeur faisait valoir sa marque.

24. — On peut se demander pourtant s'il n'y a pas lieu de prendre en considération l'existence d'établissements distincts, et de permettre au fabricant d'empêcher l'importation et la vente des produits qu'il fabrique ou dont il autorise la fabrication à l'étranger dans des conditions fort différentes. En considérant la marque uniquement sous l'optique d'un lien entre les produits marqués et la personne du titulaire, au lieu de l'envisager comme un lien entre ces produits et un établissement donné, le critère dégagé par la jurisprudence nie le danger de confusion dès l'instant où les produits peuvent être rattachés à un même titulaire, même s'ils sont fabriqués dans des établissements différents. Certes, dans de nombreux cas, cette solution ne choquera pas, car les produits proviendront en fait d'un même établissement ; même s'ils sont originaires d'établissements différents, ils seront fabriqués selon des normes et au moyen de produits identiques. Parfois, cependant, les différences de qualité ne seront pas intentionnelles, mais résulteront des conditions locales dans lesquelles les produits sont fabriqués. Dans ce cas, l'obligation où se trouve le titulaire, s'il veut éviter que le public soit induit en erreur, d'apposer une mention telle que « fabriqué dans le pays X, pour consommation locale uniquement », sera de nature à causer un préjudice sensible à la valeur économique de sa marque. Il pourrait alors être préférable de ne pas obliger le titulaire à faire état publiquement de la différence de qualité, mais de lui permettre de s'opposer à la mise en circulation dans un État des produits qu'il destinait à être vendus exclusivement dans un autre.

25. — La solution qu'il convient d'apporter à ce problème dépend essentiellement de considérations de politique économique. Désire-t-on favoriser les investissements à l'étranger ? Dans ce cas on permettra au fabricant de faire valoir sa marque pour exclure des marchandises qu'il a produites à l'étranger dans des conditions moins favorables. Considère-t-on au contraire que la fonction de garantie de la marque doit l'emporter sur toutes autres considérations ? On déniera alors au fabricant cette possibilité, et on l'obligera à veiller à ce que les articles produits à l'étranger soient de même qualité que les produits nationaux, à peine de voir diminuer la faveur du public et se déprécier la valeur de sa marque.

(1305) Appel Hambourg, 3 octobre 1952 (*Le Rouge Baiser*) cité *supra*, note 1, p. 1153.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

26. — Pour conclure ces remarques, nous pouvons affirmer que la question de savoir s'il faut reconnaître au titulaire d'une marque le droit d'interdire la vente des objets qu'il a mis en circulation dans un autre pays se pose de manière différente selon que le titulaire fabrique ces objets dans un seul pays, d'où il les introduit dans d'autres pays dans lesquels il possède également la même marque, ou qu'il les produit dans plusieurs de ces pays. Dans le premier cas, il est normal de ne prendre en considération que l'identité du titulaire commun, et de mettre sur le même pied la mise en circulation à l'étranger et celle qui a lieu sur le territoire national lui-même. Dans le deuxième cas, chacun des droits distincts sur la marque se rattache à un établissement industriel différent, en telle sorte qu'on peut se demander s'il faut considérer ces droits uniquement sous l'angle de leur titulaire commun, ou si la personnalité de ce dernier ne doit pas s'estomper derrière la pluralité des établissements dont les biens proviennent.

Quoiqu'il n'existe que peu de jurisprudence sur ce sujet (1306), nous pensons que les tribunaux auraient plutôt tendance à ne voir que la personne du titulaire lorsque les produits sont fabriqués par lui selon les mêmes procédés, au moyen des mêmes matières premières et avec le même soin dans les différents établissements, tandis qu'ils seraient plus portés à tenir compte de l'existence d'établissements séparés et à rattacher à chacun de ceux-ci un droit distinct, lorsque les biens marqués proviennent d'entreprises situées dans des pays éloignés les uns des autres sur le plan technique et économique.

II. Marques identiques appartenant à des titulaires différents

A. En général.

27. — Les tribunaux admettent d'une manière générale que le fait qu'une marque ait été apposée licitement sur un objet n'empêche pas que l'importation et la vente de cet objet dans un autre pays, où le même signe est protégé à titre de marque au bénéfice d'une personne différente, constituent une violation du droit de cette autre personne sur sa marque. C'est là une conséquence normale du principe de territorialité des marques. Seul, le titulaire de la marque a le droit de s'en servir sur toute l'étendue du territoire national. Lorsque les produits marqués ne proviennent pas de son entreprise, leur vente sur le territoire peut être interdite en vertu de son droit sur sa marque. Il ne peut être question d'épuisement de ce droit, puisque ce n'est pas le titulaire lui-même, mais un tiers, qui a mis les produits en circulation.

(1306) La seule décision que nous connaissions confirme d'ailleurs notre opinion : *cf.* Appel Hambourg, 3 octobre 1952 (*Le Rouge Baiser*) cité *supra*, note 1, p. 1153.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La quasi-unanimité des décisions est en ce sens (1307).

28. — Le plus souvent, il existera des liens économiques ou financiers entre les différentes personnes qui se servent d'une même marque. Ainsi, dans certaines des décisions citées, il existait entre le demandeur et le fabricant étranger des relations conventionnelles en vertu desquelles le demandeur obtenait l'exclusivité de l'importation et de la vente dans son pays, et le fabricant s'engageait à interdire à ses propres clients toute exportation vers le pays du demandeur (1308). Parfois, ces liens économiques sont renforcés par des liens financiers : l'entreprise importatrice est alors une filiale de la société qui fabrique les biens (1309). Dans d'autres cas, la demanderesse fabrique elle-même les biens, et le défendeur se procure des marchandises de qualité identique auprès d'entreprises étrangères appartenant au même groupe financier, et fabriquant selon des méthodes identiques à celles utilisées par la demanderesse (1310).

29. — L'existence de ces relations a-t-elle une incidence sur le droit pour le titulaire d'interdire la vente des produits par des tiers ? La jurisprudence européenne s'est généralement refusée à tenir compte de ces

(1307) Belgique : Comm. Bruxelles, 27 juin 1911, *Pandectes périodiques*, 1911, n° 1130 (*Chartreuse*) ; Bruxelles, 16 décembre 1927, *Propriété industrielle*, 1930, p. 256 (*Hofman-Laroche*) ; Liège, 13 novembre 1934, *Ingénieur-Conseil*, 1935, p. 152 (*Saba*) ; Comm. Namur, 2 juin 1955, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, *Auslands – und Internationaler Teil*, 1957, p. 172 (*Nescafé*) ; Pays-Bas : *Hoge Raad*, 24 mai 1929, *Weekblad van het recht*, n° 11990, note Molengraaff, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1929, p. 1512, note E.M. Meijers (*Eau de Cologne* n° 4711) ; 12 janvier 1939, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1939, 535, note E.M. Meijers (*Bayer*) ; 14 juin 1940, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1941, 109, note P. Scholten (Philipslampen *P.B.L.*). Allemagne : *Reichsgericht*, 20 sept. 1927, *Entscheidungen des Reichsgerichts in zivilsachen*, vol. 118, p. 76 ; Italie : *Cassaz.*, 20 octobre 1936, nr. 3781, *Foro Italiano*, 1957, I, col. 1021 (*Palmolive*) ; 5 avril 1957, n° 1173, *Foro italiano*, 1957, I, col. 979 (*Colgate*) ; 21 juin 1958, n° 2194, *Foro padano*, 1959, I, 34 (*Dura Gloss*) ; 18 mars 1958, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, *Auslands – und Internationaler Teil*, 1958, p. 580 (*La Voce del Padrone*) ; Suisse : Tribunal fédéral, 12 février 1952, *Arrêts du Tribunal Fédéral*, vol. 78, II, p. 164 (*Lux*) ; 13 mars 1959, *Arrêts du Tribunal Fédéral*, vol. 85, IV, p. 53 (*E.M.I.*) ; Autriche : *Oberster Gerichtshof*, 4 septembre 1957, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, *Auslands – und Internationaler Teil*, 1958, p. 520 (*Brunswick*) ; 29 mars 1960, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, *Auslands – und Internationaler Teil*, 1960, p. 557 (*Seeburg*). États-Unis d'Amérique : Supreme Court, A. Bourjois & Co. v/Katzel, 260 U.S., p. 689, 43 Sup. Ct., p. 244 (1923) ; A. Bourjois & Co. v/Aldridge, 263 U.S., p. 675 (1923) (*per curiam*).

En sens contraire : Comm. Bruxelles, 8 octobre 1934, *Jurisprudence commerciale de Bruxelles*, 1934, p. 483 (*Decca Polydor*). Voy. aussi la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, pour le cas où les produits vendus par le défendeur proviennent du même établissement que ceux à l'égard desquels le demandeur fait valoir sa marque ; *infra*, n° 32.

(1308) Liège, 13 novembre 1934 (*Saba*) ; H.R., 24 mai 1929 (*Eau de Cologne*) ; *Oberster Gerichtshof*, 29 mars 1960 (*Seeburg*) ; *United States Supreme Court*, *A. Bourjois 5 Co. v. Katzel et A. Bourjois & Co. v. Aldridge* ; ces décisions sont citées à la note précédente.

(1309) H.R., 12 janvier 1939 (*Bayer*), cité *supra*, note 1, p. 1157.

(1310) Bruxelles, 16 décembre 1927, (*Hofmann-Laroche*) ; Cassaz. ital., 20 octobre 1956, n° 3781 (*Palmolive*) ; 5 avril 1957, n° 1173 (*Colgate*) ; 21 juin 1958, n° 2194 (*Dura Gloss*) ; Trib. féd. suisse, 12 février 1952 (*Lux*) ; ces décisions sont citées à la note 1, p. 1157.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

liens et intérêts communs pour refuser au demandeur le droit de faire valoir sa marque en pareille circonstance. Dans la plupart des affaires citées (1311), la question n'avait pas été expressément posée. Dans l'affaire « Lux » (1312), cependant, les défendeurs invoquèrent le fait que la société américaine auprès de laquelle ils s'approvisionnaient appartenait au même groupe que la demanderesse et en conclurent que cette dernière ne faisait pas valoir un intérêt digne de protection. Le Tribunal fédéral répliqua qu'en vertu du droit positif, l'intérêt de la demanderesse résultait à suffisance du fait que la marque suisse était inscrite à son nom. Il n'était pas nécessaire qu'elle établisse que l'intérêt public suisse était intéressé au maintien de la distinction entre les deux marques.

30. — Le *Hoge Raad* des Pays-Bas prit un point de vue semblable dans les arrêts des 12 janvier 1939 (*Bayer*) et 14 juin 1940 (*Philipslampen P.B.L.*) (1313). À la prétention du défendeur, selon laquelle le demandeur commettait un véritable abus de droit en se servant de sa marque pour empêcher l'importation de produits authentiques provenant de l'étranger et s'assurer ainsi le monopole de la vente de ces produits aux prix qu'il fixerait librement, le Collège suprême répondit que le titulaire était libre de se servir de sa marque dans un autre but que celui avait été envisagé par le législateur, du moment que ce but était « convenable » (*oorbaar*). Il importe de souligner que dans le récent arrêt du 14 décembre 1956 (1314), qui limite sensiblement le champ de la protection accordée à la marque (1315), le *Hoge Raad* a pris soin de ne pas contredire sa jurisprudence antérieure.

31. — Du fait que la marque est un bien incorporel, un « droit privé subjectif » il découle que le titulaire ne doit pas établir qu'il est dans l'intérêt général d'interdire la vente des objets importés ; pour pouvoir agir, il lui suffit de montrer que les marchandises, tout en étant revêtues de sa marque, n'ont pas été mises en circulation avec son assentiment. La seule limite à son droit est qu'il ne peut agir d'une façon déraisonnable ou non convenable (*niet oorbaar*) (1316) On conçoit dès lors que les tribunaux se soient montrés peu enclins, en l'absence de textes, à accueillir les moyens de défense fondés sur l'allégation que le demandeur était dépourvu d'intérêt légitime lorsque les marchandises dont il prétendait interdire la revente provenaient d'une entreprise économiquement ou

(1311) Voy. les décisions citées *supra*, notes 1 à 3 de cette page.
(1312) Tribunal fédéral suisse, 12 février 1952 (*Lux*), cité note 1, p. 1157.
(1313) Cités *supra*, note 1, p. 1157.
(1314) Cité *supra*, note 2, p, 1147.
(1315) *Cf. supra*, n°s 7 et 16.
(1316) *Cf.* notes P. Scholten, sous H.R., 14 juin 1940 (*Philips lampen* P. B. L.) et E.M. Meijers, sous H.R., 12 janvier 1939 (*Bayer*), citées *supra*, note 1, p. 1157.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

financièrement liée avec lui et qu'elles étaient de qualité identique à celles qu'il vendait lui-même (1317).

B. Cas des biens provenant d'un même établissement. La jurisprudence suisse.

32. — Nous avons vu qu'en général les tribunaux permettent au titulaire de faire valoir sa marque même lorsque les marchandises importées et vendues par le défendeur sont « authentiques », en ce sens qu'elles sont fabriquées et que la marque est apposée sur elles par la même personne que celle auprès de laquelle le titulaire s'approvisionne (1318). Du moment que le titulaire est juridiquement distinct du fabricant étranger, il pourra agir, même s'il est économiquement lié avec lui ; ce n'est que lorsque tous deux forment une seule et même personne juridique qu'on considérera, le cas échéant, que le demandeur a épuisé son droit en mettant les biens en circulation à l'étranger.

Au contraire, la jurisprudence suisse refuse toute protection au titulaire lorsque les marchandises vendues par le défendeur proviennent du *même fabricant* que celles à l'égard desquelles il fait valoir sa marque (1319). Ainsi, dans un arrêt du 17 octobre 1958 (1320), le Tribunal fédéral a acquitté le prévenu, constatant que ses agissements n'étaient pas de nature à induire le public en erreur, puisque les biens qu'il mettait sur le marché avaient la même origine que ceux de la société plaignante (1321). Cette solution, dont certains ont tenté de limiter la portée en insistant sur le caractère pénal de la matière et sur la nécessité d'interpréter restrictivement les faits constitutifs de contrefaçon (1322), a été confirmée deux ans plus tard, cette fois dans une affaire civile (1323).

Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral a rejeté la demande en se fondant exclusivement sur le fait qu'aucune confusion n'était possible entre les biens de la demanderesse et ceux qu'avait vendus le défendeur. Le critère retenu par le Tribunal fédéral apparaît donc comme fort diffé-

(1317) Voy. cependant *Oberlandesgericht Düsseldorf*, 14 juillet 1964, (*Revlon*), *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1964, 262.

(1318) *Supra*, nº 27.

(1319) Les tribunaux suisses font donc une distinction très nette entre l'hypothèse ou les produits sont fabriqués selon des méthodes uniformes par des entreprises distinctes, et celle où ils proviennent de la même entreprise. Le bienfondé de cette distinction est critiqué par H. Trueb, *Markenschutz beim Import von Konzernwaren*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, *Auslands – und Internationaler Teil*, 1962, p. 13.

(1320) *Arrêts du Tribunal fédéral*, vol. 84, IV, p. 119 (*Saba*).

(1321) Tant la plaignante que le prévenu vendaient des appareils « Saba » qu'ils se procuraient auprès de la société Saba allemande.

(1322) A. Troller, *Die territoriale Unabhängigkeit der Markenrechte im Warenverkehr*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, *Auslands – und Internationaler Teil*, 1960, p. 248.

(1323) 4 octobre 1960, *Arrêts du Tribunal fédéral*, vol. 86, II, p. 270 (*Philips*).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

rent de celui qui a été adopté aux Pays-Bas (1324) et en Allemagne (1325). Certes, d'un côté comme de l'autre, les tribunaux insistent sur le fait que le but de la loi est d'empêcher la confusion sur l'origine des marchandises. Tous deux affirment également que ce but n'est pas de conférer un monopole de vente au titulaire de la marque (1326). Cependant, sous ces analogies superficielles se cachent des différences profondes. En effet, pour le Tribunal fédéral suisse, il y a violation de la marque lorsque les marchandises proviennent d'un *autre établissement* que celles du titulaire. Peu importe que cet établissement appartienne à une société étroitement apparentée au demandeur, et que les marchandises soient exactement de la même qualité que celles qu'il vend sous sa marque. S'il existe un « danger tout au moins abstrait » que le public soit induit en erreur, le demandeur peut se prévaloir de sa marque (1327). Au contraire, les jurisprudences néerlandaise et allemande, nous l'avons vu, attachent une importance décisive à la *personne* chez qui le défendeur s'est procuré les biens, et non à l'établissement dont ceux-ci proviennent. Même si les marchandises sont originaires d'un autre établissement que celui dont proviennent les biens pour lesquels le demandeur revendique la protection de sa marque, elles pourront librement être revendues par les tiers si leur mise en circulation est l'œuvre du titulaire lui-même.

SECTION IV. LE DROIT DES MARQUES ET LE MARCHÉ COMMUN

I. Les problèmes

33. — Quels sont les problèmes spécifiques auxquels donne naissance l'existence, au sein du marché commun, de législations nationales distinctes en matière de marques ? C'est ce qu'il importe maintenant d'examiner.

En premier lieu, la diversité des systèmes en vigueur complique la tâche des industriels et des commerçants qui, avant de lancer une nouvelle marque sur le marché, doivent s'assurer que cette marque peut faire l'objet de la protection légale dans chacun des six pays de la Communauté : il leur faudra non seulement étudier attentivement la législation, la jurisprudence et la doctrine des autres États membres, mais encore veiller à choisir un signe qui ne soit pas déjà protégé au profit d'un tiers dans un de ces États.

Un projet de convention est à l'étude qui, en instituant un droit européen des marques, permettra d'obtenir une marque unique valable dans

(1324) Arrêt *Prins c/ Grundig*, cité *supra*, note 2, p. 1147.
(1325) Arrêt *Maja*, cité *supra*, notes 2 et 3, p. 1153.
(1326) Le Tribunal fédéral cite même expressément le *Hoge Raad* sur ce point.
(1327) Arrêts *Lux* du 12 février 1952 et *E.M.I.* du 13 mars 1959, cités *supra*, note 1, p. 749.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tous les États membres ; après l'écoulement d'un certain délai, cette marque ne pourra plus être soumise à aucune contestation de la part des tiers (1328). Ceci permettra d'écarter la première série de difficultés que nous venons de relever.

34. — Cependant, même une fois entrée en vigueur, cette convention ne résoudra pas tous les problèmes. D'après les informations dont on dispose à l'heure actuelle, il semble qu'elle ne se substituera pas aux législations existantes, mais se superposa à elles, de sorte que les commerçants pourront toujours, s'ils le désirent, se contenter de la protection qui leur est accordée par la loi nationale. La diversité des droits nationaux continuera donc à susciter des problèmes.

Ainsi, nous avons vu que l'étendue de la protection accordée aux marques varie suivant les pays (1329). S'il est généralement admis, aux Pays-Bas, en Italie et en Allemagne, que cette protection prend fin avec la mise en circulation des marchandises (1330), la situation n'est pas aussi claire en France et en Belgique, où une fraction importante de la doctrine ainsi que certaines décisions de jurisprudence admettent que le titulaire peut se fonder sur sa marque pour organiser la distribution des produits marqués et obliger les tiers à en respecter les conditions (1331).

Il est évident que si cette deuxième théorie finissait par s'imposer dans certains des pays du marché commun, le droit des marques offrirait aux entreprises de ces pays un moyen commode pour faire échapper la distribution de leurs produits à l'application des règles du Traité de Rome interdisant les ententes. On sait, en effet, que l'article 85 de ce Traité ne déclare incompatibles avec le marché commun et interdits que les restrictions à la concurrence qui résultent d'un *accord* entre entreprises, d'une *décision d'association* d'entreprises ou d'une pratique *concertée*. Lorsqu'une restriction découle d'une disposition de la législation nationale accordant à une entreprise un droit exclusif, comme c'est le cas en matière de propriété industrielle, elle n'est pas interdite en soi par l'article 85. Cela ne signifie pas que cette entreprise soit soustraite à l'application des règles de concurrence et, notamment, qu'elle puisse

(1328) Voy. à ce sujet : H. von der Groeben, *Rechtsangleichung auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes im Rahmen der E.W.G.*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands – und Internationaler Teil*, 1959, p. 629 ; traduct. française dans l'*Ingénieur-Conseil*, 1960, p. 26 ; M. Röttger, *Zur Schaffung einer E.W.G.-Marke*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands – und Internationaler Teil*, 1959, p. 277 ; traduct. française dans l'*Ingénieur-Conseil*, 1960, p. 1 ; Y. Saint-Gal, *Une marque européenne dans le cadre du marché commun est-elle réalisable* ? in *Revue du marché commun*, 1960, p. 114 ; G. Finnis, *Wege zur Vereinheitlichung des europäischen Markenrechts*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands – und Internationaler Teil*, 1960, p. 337 ; C. Croon, *id.*, in *ib.*, p. 341 ; L. Heydt, *id.*, in *ib.*, p. 348.

(1329) *Cf. supra*, n°s 5 à 12.

(1330) *Cf. supra*, n°s 7 à 9.

(1331) *Supra*, n°s 5 et 6.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

conclure avec d'autres toutes sortes d'accords limitant la concurrence, ni qu'elle puisse impunément abuser de sa position dominante (1332) ; il en résulte uniquement que, dans la mesure où elle se borne à faire valoir son droit exclusif, cette entreprise peut maintenir certaines restrictions à la concurrence, alors que des restrictions ayant la même portée seraient interdites si elles trouvaient leur source dans un accord entre entreprises.

Dès lors, si dans certains États membres, la marque confère à son titulaire le droit d'imposer à ses revendeurs diverses restrictions concernant le rayon de revente, les personnes auxquelles la revente est autorisée, les prix auxquelles cette revente doit se pratiquer, etc., ces restrictions échappent, dans ces pays, à l'interdiction énoncée par l'article 85 puisqu'elles découlent non d'un accord, d'une décision ou d'une pratique concertée, mais du droit à la marque lui-même. Au contraire, dans les États qui n'accordent pas une protection aussi étendue à la marque, les clauses que nous envisageons ne sont pas couvertes par le droit du titulaire ; elles constitueront des accords interdits en vertu de l'article 85 lorsqu'elles seront susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres (1333).

35. — L'adoption de la thèse extensive de la protection de la marque en France et en Belgique créerait donc un double problème : d'une part, elle permettrait de faire échec, dans un secteur considérable de l'activité économique, à l'application des règles communautaires interdisant les pratiques restrictives de la concurrence ; d'autre part, elle pourrait créer une véritable distorsion dans les conditions auxquelles sont soumises les entreprises des différents États membres.

Il serait nécessaire, dans cette hypothèse, d'avoir recours aux procédures prévues aux articles 100 et suivants du Traité de Rome prévoyant l'harmonisation des législations des États membres.

36. — Examinons maintenant les répercussions du principe de territorialité sur le problème qui nous occupe. Lorsqu'une même personne est titulaire d'une marque dans plusieurs pays, les problèmes posés sont du même ordre que ceux qui viennent d'être examinés ; par conséquent, ils pourront recevoir la même solution.

La situation se complique lorsque les droits territoriaux à la même marque sont détenus par des personnes différentes. Nous avons vu que, dans la plupart des pays du marché commun, les tribunaux permettent

(1332) C'est pourquoi nous ne pouvons nous rallier à la thèse selon laquelle les entreprises titulaires de droits de propriété industrielle ne sont pas soumises aux règles de concurrence du Traité.

(1333) L'article 85 n'interdit les accords, décisions et pratiques qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, restreindre ou fausser la concurrence que lorsqu'ils sont *susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

au titulaire national d'interdire aux tiers la vente de marchandises fabriquées par un titulaire étranger, même lorsqu'il existe entre les deux titulaires des liens économiques ou financiers (1334). Il est donc possible pour les entreprises de se partager les marchés en se répartissant entre elles les marques nationales. De même, les producteurs importants pourront confier la distribution de leurs produits à des réseaux de distribution opérant à l'échelle nationale ; en permettant à ces organisations de vente de déposer la marque en leur nom, ils les mettront en mesure de s'assurer pratiquement le monopole de la distribution des produits marqués, et de se soustraire à toute concurrence entre elles (1335).

Ces pratiques sont sans nul doute contraires au but du marché commun, qui est d'assurer la libre circulation des marchandises et d'établir un régime dans lequel la concurrence n'est pas faussée (1336). Il est donc nécessaire d'examiner si des moyens suffisants existent, en droit positif, afin de remédier à la situation.

37. — Tout d'abord, on peut songer à l'article 86 du Traité de Rome. Dans la mesure où le caractère abusif des agissements auxquels se livrent les titulaires de marques peut être établi, les tiers auxquels ils tenteraient d'interdire la revente des produits marqués pourraient opposer l'irrecevabilité de la demande pour cause illicite ; de son côté, la Commission de la Communauté économique européenne pourrait agir soit d'office, soit sur plainte, contre les entreprises en cause (1337). Encore faudra-t-il démontrer que les titulaires jouissent d'une position dominante sur le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, ce qui ne sera pas nécessairement le cas, notamment si leurs produits sont soumis à la concurrence d'autres marques (1338).

38. — L'article 85 du Traité pourra également être invoqué dans certains cas. Mais pour cela, il faudra prouver que derrière le droit exclusif à la marque invoqué par le titulaire en vue d'exclure des produits authentiques provenant d'un autre État membre, il existe un accord, une déci-

(1334) *Supra*, n°s 27 à 31.

(1335) C'est d'ailleurs à une véritable floraison d'opérations de ce genre qu'on a assisté aux Pays-Bas après l'arrêt du *Hoge Raad* du 14 décembre 1956 (cité *supra*, note 2, p. 1147). Certains de ces transferts ont déjà donné lieu à des décisions judiciaires : H.R., 17 février 1961. *Nederlandse Jurisprudentie*, 1962, n° 243 (*Blaupunkt*) ; 23 juin 1961, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1962, n° 244 (*Grundig-Gint*) ; Président trib. d'arrondissement La Haye, 24 novembre 1961, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1962, n° 57 (*Graetz*) ; Appel Amsterdam, 25 juin 1962, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1963, n° 218 (*Graetz*).

(1336) Article 3, litt. (a) et (f).

(1337) Règlement n° 17 du Conseil de la C.E.E. du 6 février 1962, article 3. (*Journal officiel des Communautés européennes*, n° 13, du 21 février 1962, p. 204.)

(1338) En ce qui concerne la deuxième condition d'application de l'article 86 (à savoir que la pratique soit susceptible d'affecter le commerce entre États membres), il semble qu'elle sera remplie dans la plupart des cas.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

sion ou une pratique concertée ayant pour objet ou pour effet de fausser la concurrence. Cela sera possible, par exemple, si l'on peut montrer que le titulaire a déposé la marque nationale en son nom en vertu d'un accord avec une autre entreprise en vue de répartir les marchés (1339), ou que le droit à la marque nationale lui a été cédé par un accord ayant ce but. Il faudra établir en outre que cet accord a été conclu à une époque où l'interdiction du Traité était déjà en vigueur : il ne peut être question d'annuler rétroactivement un dépôt ou un transfert effectués en vertu d'un accord valable à l'époque. C'est donc uniquement si ce dépôt ou ce transfert ont eu lieu après le 13 mars 1962, date d'entrée en vigueur du Règlement N° 17 du Conseil de la C.E.E. (1340) portant application des articles 85 et 86, qu'on pourra le considérer comme interdit ; en effet, ce n'est qu'à partir de ce moment, comme l'a déclaré la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt du 6 avril 1962 (1341), que l'interdiction de l'article 85 a sorti tous ses effets, y compris la nullité de plein droit édictée à l'alinéa 2 de cette disposition. Par conséquent, un accord portant cession de marque conclu avant le 13 mars 1962 ne pourra plus voir sa validité mise en cause rétroactivement après cette date, et la cession devra être considérée comme légalement effectuée.

C'est pourquoi nous ne pouvons approuver le raisonnement suivi par la Cour d'appel d'Amsterdam dans un arrêt récent (1342). Devant se prononcer sur la validité d'un accord par lequel la marque *Graetz* avait été cédée, en 1960, de l'entreprise mère à sa filiale néerlandaise Graetz N.V., la Cour considère apparemment que cet accord tombe en principe sous le coup du Règlement N° 17 ; toutefois, les délais prévus par ce règlement en vue de la notification des accords pour lesquels les entreprises intéressées désirent obtenir une décision d'exemption n'étant pas encore expirés, l'arrêt déclare l'accord « provisoirement valable ». Il nous eût paru préférable que la Cour se bornât à constater que l'accord avait sorti tous ses effets dès avant l'entrée en vigueur de l'interdiction de l'article 85 ; le transfert de marque, régulièrement opéré à cette époque, ne pouvait plus être attaqué *a posteriori*.

39. — Il sera donc souvent impossible, sur la base des textes existants, d'empêcher que les droits dérivant de marques nationales soient utilisés par leurs titulaires en vue de limiter la concurrence et d'entraver le commerce interétatique. Dans de nombreux cas, les marques auront été

(1339) Un accord de cette nature a été condamné par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Timken Roller Bearing v/ U.S.*, 341 U.S. 593 (1951).

(1340) Voy. *supra*, note 3, p. 1164.

(1341) Aff. 13/61, Bosch c/ De Geus, *Rec. jurisp. de la Cour*, t. VIII, 1962, p. 89. Voy. aussi notre étude : *La validité des ententes économiques dans le droit privé du marché commun*, in *Revue critique de droit international privé*, 1962, p. 415 et s.

(1342) 25 juin 1962, cité *supra*, note 1, p. 1164.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

réparties avant que l'interdiction de l'article 85 soit devenue effective ; souvent, il sera difficile de prouver que cette répartition est le résultat d'un accord entre les titulaires. Certes, le texte du Traité permet d'alléger la charge de cette preuve en n'exigeant pas qu'il soit établi que l'accord a pour *objet* de limiter la concurrence, mais en se contentant d'exiger qu'il ait cet *effet*. De même, il ne sera pas toujours nécessaire de faire la preuve de ce que l'accord existait déjà au moment où les marques ont été réparties entre titulaires ; il suffira de montrer que les titulaires agissent de concert et que ces pratiques concertées ont pour objet ou pour effet de fausser ou de restreindre la concurrence. Néanmoins, le fait demeure que, pour pouvoir invoquer les dispositions du Traité de Rome en vue de s'opposer à une demande intentée par un titulaire de marque, le défendeur devra établir soit que le droit du demandeur résulte d'un accord ou d'une décision interdits par l'article 85, soit que l'exercice de ce droit constitue une pratique concertée au sens de l'article 85 ou un abus de position dominante au sens de l'article 86.

II. Solutions proposées

40. — Il convient maintenant de rechercher les mesures qui pourraient être envisagées de *lege ferenda* en vue de compléter les dispositions existantes, lesquelles seront, nous l'avons vu, souvent insuffisantes.

Observons tout d'abord qu'un rapprochement des législations par voie de directives prises en vertu des articles 100 et suivants du Traité de Rome (1343) ne serait pas d'un grand secours (1344). Ce n'est pas dans la disparité des systèmes en vigueur que gît la source des difficultés, mais dans le fait que, pour chacun de ces systèmes, le protection de la marque est accordée sur une base territoriale. Il n'y a donc pas matière à « rapprochement ».

41. — Seule la conclusion d'une convention internationale permettrait de remédier à la situation. Encore faut-il en déterminer le contenu. Plusieurs solutions sont possibles.

En premier lieu, on pourrait envisager la création d'un droit uniforme des marques, qui se substituerait purement et simplement aux législations nationales. Ceci permettrait de supprimer les obstacles aux échanges, puisque l'ensemble du marché commun ne constituerait plus qu'une seule entité du point de vue du droit des marques.

(1343) *Supra*, nº 35.

(1344) Cf. H. von der Groeben, *Rechtsangleichung auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands – und Internationaler Teil*, 1959, p. 629 ; traduction française dans l'*Ingénieur-Conseil*, 1960, p. 26.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Cette solution, qui a été retenue dans le cadre du Benelux (1345), paraît peu opportune dans le cas d'une union aussi étendue que la Communauté européenne : de nombreuses entreprises ne se servent de leurs marques que dans un rayon limité, et il ne serait pas raisonnable de les obliger à acquérir une marque pour un territoire plus étendu que le marché réel de leurs produits, ainsi qu'à défendre cette marque contre les usurpations pouvant survenir dans des régions éloignées sous peine d'être réputés renoncer à leur droit exclusif. C'est pourquoi, selon toute vraisemblance, la convention sur le droit européen des marques, actuellement en préparation, admettra la coexistence des législations nationales avec le régime communautaire (1346) ; les intéressés pourront, au choix, obtenir une protection limitée au territoire d'un ou de plusieurs États en vertu d'un dépôt national (1347), ou acquérir une marque unique, soumise à un régime uniforme, valable sur toute l'étendue du marché commun.

42. — Étant donné que, même après l'adoption de la convention relative au droit européen des marques, la pluralité des régimes existants subsistera et, avec elle, la possibilité pour les titulaires de marques de se partager les marchés, il serait utile d'inclure dans la convention un article précisant que la marque nationale ne confère pas à son titulaire le droit de s'opposer à l'usage de la marque ou d'un signe ressemblant pour des produits qui ont été mis en circulation sous cette marque ou ce signe dans un autre État contractant soit par le titulaire de la marque nationale ou en accord avec lui (1348), soit par une personne économiquement liée au titulaire de la marque nationale ou en accord avec une telle personne (1349). Une disposition analogue a été insérée dans la loi uniforme Benelux du 19 mars 1962 pour la période transitoire, pendant laquelle des marques nationales distinctes pourront subsister (1350).

Il est, paraît-il, dans l'intention des négociateurs de la convention européenne d'adopter des dispositions semblables en vue de limiter les

(1345) Convention et loi uniforme en matière de marques de produits, du 19 mars 1962 (pas encore entrée en vigueur).

(1346) M. Röttger, *Gewerblicher Rechtsschutz in europäischer Hinsicht*, in *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1962, p. 155.

(1347) Ou international en application de l'Arrangement de Madrid.

(1348) Ceci ne ferait que confirmer la solution à laquelle la jurisprudence s'est déjà ralliée dans certains États : *cf. supra*, n°s 16 à 18.

(1349) On pourrait éventuellement réserver les droits du titulaire au cas où l'état des produits se serait modifié ou altéré : mais s'il s'agit là d'un problème différent.

(1350) Article 33 : « Lorsqu'en application de l'article 32, une marque est la propriété de titulaires différents dans deux ou trois pays du Benelux, le titulaire de la marque dans un de ces pays ne peut s'opposer à l'importation d'un produit revêtu de cette même marque provenant d'un autre pays du Benelux, ou réclamer réparation pour une telle importation, lorsque l'apposition de la marque a été faite par le titulaire de la marque dans cet autre pays ou avec son autorisation, et qu'il existe entre les deux titulaires, des liens d'ordre économique en ce qui concerne l'exploitation du produit en cause ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

droits du titulaire d'une marque européenne à l'égard des produits mis en circulation dans des États non parties à la convention, ainsi que les droits des titulaires de marques nationales à l'égard des produits mis en circulation par le titulaire de la marque européenne. Cependant, on ne semble pas avoir prévu de règle spéciale en ce qui concerne les droits du titulaire d'une marque nationale à l'égard des produits mis en circulation sous cette marque par une personne économiquement liée avec lui, lorsque cette personne est titulaire d'une marque d'un autre État membre. Pour les motifs qui ont été exposés ci-avant, il nous paraîtrait éminemment souhaitable que pareille disposition, limitant les droits d'un titulaire national à l'égard des titulaires d'autres États membres économiquement liés avec lui, soit ajoutée à la future convention européenne.

SECTION V. CONCLUSION

43. — Nous espérons que la présente étude aura permis d'apercevoir toute l'importance que revêt le droit des marques pour le développement du marché commun, et l'urgence qu'il y a à résoudre certains des problèmes qu'il pose.

Tout d'abord, la diversité des législations nationales risque d'entraîner une distorsion dans les conditions de la concurrence, dans la mesure où certains pays accorderont à la protection de la marque une portée plus étendue que les autres, permettant par exemple au titulaire de l'invoquer pour assurer le respect par les tiers des restrictions qu'il impose pour la commercialisation de ses produits.

En outre, le principe de territorialité des marques permet aux entreprises faisant partie d'un même groupe, ou qui sont liées entre elles par des accords, de se partager les marchés nationaux et d'empêcher toute vente non autorisée dans un État membre de marchandises mises en circulation dans un autre État membre.

44. — Des moyens existent permettant de lutter contre cette situation, assurément contraire aux objectifs du Traité de Rome : d'une part, le Conseil peut arrêter des directives tendant au rapprochement des législations nationales ; d'autre part, le Traité offre aux institutions communautaires, de même qu'aux tiers lésés, la possibilité de démontrer que les droits que le titulaire fait valoir ont été acquis en vertu d'un accord ou d'une décision interdits par l'article 85, ou que leur exercice constitue soit une pratique concertée au sens de cette disposition, soit un abus de position dominante contraire à l'article 85 ; si cette preuve est rapportée, il pourra être interdit au titulaire d'invoquer sa marque.

Toutefois, ces remèdes seront dans de nombreux cas insuffisants ; il s'indiquerait dès lors d'insérer dans une convention à conclure par les

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

États membres une disposition limitant la portée de la protection du titulaire national lorsque les marchandises à l'égard desquelles il invoque sa marque ont été mises en circulation sous cette marque dans un autre État membre soit par lui-même ou avec son autorisation, soit par une personne économiquement liée avec lui ou en accord avec une telle personne.

* * *

L'avenir démontra que la solution que j'avais préconisée était peu efficace. En effet, l'adoption d'une convention sur le droit des marques se heurtait à de nombreux obstacles et il était peu probable qu'elle vît le jour avant plusieurs années (1351). C'est à mon confrère et ami, le regretté Willy Alexander, que revient le mérite d'avoir trouvé la voie qui allait permettre de lutter contre les cloisonnements des marchés engendrés par l'exercice de droits de propriété industrielle. Sa théorie, fondée sur l'article 30 du traité C.E.E. qui interdit tout mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative, allait être adoptée par la Cour de justice dans son arrêt *Deutsche Grammophon* du 8 juin 1971. Dans un article publié à l'occasion de son décès, je lui rendis cet hommage.

« La contribution de Willy Alexander à l'étude des rapports entre règles de concurrence et droits de propriété industrielle »,
Cahiers de droit européen,
1999, pp. 147-158.

Peu d'auteurs ont eu une contribution aussi importante que Willy Alexander à l'étude des rapports entre règles de concurrence et droits de propriété industrielle. Dès le début des années 60, il a suivi de près la jurisprudence et la pratique dans ce domaine et leur a consacré maintes études. Une caractéristique commune de celles-ci est qu'elles ne se limitaient pas à faire le point de l'état du droit mais contenaient des suggestions quant à l'évolution future, suggestions qui furent souvent

(1351) On sait que, pour remédier à ces lenteurs, la Commission décida en 1980 d'abandonner la voie conventionnelle et de recourir à l'adoption d'un règlement fondé sur l'article 235 du traité (aujourd'hui article 352, paragraphe 1er, TFUE). Même ainsi, il fallut attendre le 20 décembre 2003 pour que les dernières difficultés soient surmontées et que puissent être adoptés le règlement n° 40/94 et la directive sur le rapprochement des législations des États membres sur les marques, *J.O.C.E.* n° L 11 du 14 janvier 1994.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

suivies par les institutions communautaires. Avec le recul des années, on aperçoit mieux l'importance de cette contribution, que je voudrais brièvement rappeler ici.

I. — L'EXERCICE UNILATÉRAL DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE EN VUE D'ENTRAVER LES IMPORTATIONS PARALLÈLES

Dans sa décision du 23 septembre 1964 dans l'affaire Grundig-Consten (1352), la Commission a souligné pour la première fois les risques auxquels la coexistence dans la Communauté de systèmes nationaux de propriété industrielle distincts pouvait donner naissance pour la libre circulation des marchandises. Quoique cette décision fût fondée sur l'article 85, il était clair, dès cette époque, que cet article, pas plus que l'article 86, ne suffiraient à éliminer tous les obstacles résultant de l'exercice des droits de propriété industrielle. En effet, l'article 85 ne s'applique pas à l'action unilatérale d'un titulaire de droit de propriété industrielle. L'article 86, pour sa part, exige la preuve que le titulaire dispose d'une position dominante dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci. Ces dispositions ne permettent donc pas de s'opposer au cloisonnement des marchés résultant de l'action unilatérale d'une entreprise non-dominante.

Examinant les problèmes posés par le principe de territorialité des marques, j'avais appuyé, à l'époque, l'inclusion dans la Convention sur le droit européen des marques, qui était en discussion, d'une clause précisant qu'une marque nationale ne confère pas à son titulaire le droit de s'opposer à l'usage de cette marque ou d'un signe ressemblant pour des produits mis en circulation sous cette marque ou ce signe dans un autre État contractant par le titulaire de la marque ou en accord avec lui, ou encore par une personne économiquement liée au titulaire de la marque ou en accord avec cette personne (1353). Cette idée fut reprise par la première directive en matière de marques (1354). Toutefois, si seule cette approche avait été suivie, les obstacles à la libre circulation des produits de marque auraient subsisté pendant de nombreuses années.

En 1965, Koch et Froschmaier proposèrent une théorie novatrice, fondée sur l'idée que, en créant la Communauté, les auteurs du traité avaient effectué un choix de principe en faveur d'un système économique fondé sur la libre concurrence et l'intégration des marchés. Il serait contraire à ce choix fondamental, selon eux, que les tribunaux

(1352) *J.O.C.E.*, nº 161 du 20 octobre 1964.

(1353) « La protection des marques et le marché commun européen », *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, Gand, 1965, t. II, p. 1143, 1167.

(1354) Voy. l'article 7 de la première directive du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques, *J.O.C.E.*, nº L 40 du 11 février 1989, p. 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

nationaux autorisent les actions en contrefaçon exercées en vue d'interdire l'importation de produits provenant d'un autre État membre, lorsque ces produits ont été mis sur le marché dans cet État par le titulaire du brevet lui-même ou par un de ses licenciés (1355). En effet, le but de la protection accordée par le droit national au titulaire d'un brevet est de lui garantir la possibilité de vendre les produits brevetés sans être exposé à la concurrence ou d'autoriser, contre rémunération, des tiers licenciés à le faire. Une fois les produits écoulés par lui ou par le licencié sur le territoire d'un État membre, le titulaire a obtenu la rémunération que le droit national a prévu en sa faveur. Il n'existe aucune raison de lui permettre de percevoir une deuxième fois cette rémunération à l'égard des mêmes produits en exerçant à leur égard les droits que lui confère un brevet parallèle qu'il détient dans un autre État membre si ces produits sont importés dans cet autre État membre.

Cette théorie, quoique séduisante sur le plan intellectuel, manquait d'un appui solide dans le texte du traité. Elle fut rejetée par la Cour suprême d'Allemagne dans l'affaire « Voran », qui concernait la tentative du titulaire d'un certificat d'obtention végétale (1356) de s'opposer à l'importation parallèle de semences de pommes de terre provenant des Pays-Bas, où elles avaient été commercialisées sous la même marque par le titulaire d'un droit parallèle (1357).

Dans l'affaire Parke, Davis, décidée le même jour, et qui concernait un problème similaire, la Cour de justice affirma que l'exercice du droit du titulaire d'un brevet ne saurait en lui-même relever ni de l'article 85, paragraphe 1, en l'absence de tout accord, décision ou pratique concertée visés par cette disposition, ni de l'article 86, en l'absence de toute exploitation abusive de position dominante. Quoique la Commission fît appel à la théorie Koch-Froschmaier dans ses observations écrites, la Cour n'y fit pas allusion (1358).

L'absence d'acceptation, par la juridiction communautaire, de la théorie Koch-Froschmaier incita la doctrine à chercher la solution dans d'autres directions. Johannes, en particulier, élabora une thèse selon laquelle l'obligation de loyauté communautaire découlant de l'article 5, alinéa 2, du traité obligeait les tribunaux nationaux, en tant qu'organes de leur État, à tenir compte des objectifs du traité lors de l'application de leurs droits sur la propriété industrielle, et à rejeter les actions en justice allant à l'encontre de ces objectifs, ce qui serait le cas si le titulaire d'un

(1355) N. Koch et F. Froschmaier, « Patentgesetze und Territorialitätsprinzip im Gemeinsamen Markt », *GRUR Ausl.*, 1965, p. 121.

(1356) « Sortenschutzrecht ».

(1357) Bundesgerichtshof, 29 février 1968, *GRUR Ausl.*, 1968, p. 129 ; *N.J.W.*, 1968, p. 1042 ; *W.u.W.*, 1968, EBGH 939 ; *S.E.W.*, 1968, p. 529, note H.W. Wertheimer.

(1358) Arrêt du 29 février 1968, aff. 24/67, *Parke*, *Davis*, *Rec.*, 1968, p. 82.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

droit de propriété industrielle s'opposait à l'importation de produits mis en circulation par lui-même ou avec son consentement dans un autre État membre (1359).

Cette théorie présentait l'avantage de se fonder sur une disposition expresse du traité. Toutefois, le caractère mal défini de l'obligation imposée aux tribunaux nationaux constituait un inconvénient majeur. L'obligation de s'abstenir « de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité » semblait, sans autre précision, difficilement pouvoir être appliquée par les juridictions nationales.

C'est dans le contexte de ce débat doctrinal que Willy Alexander proposa la théorie qui allait, huit années plus tard, être accueillie par la Cour de justice. Il eut l'idée de se fonder sur les articles 30 et 36 du traité pour interdire l'utilisation des droits de propriété industrielle comme moyens d'ériger des barrières aux échanges interétatiques. Dans un article remarquable, il souligna que les règles permettant d'interdire l'importation de produits brevetés devraient être considérées, dans leur principe, comme des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives. De telles règles ne devraient être admises que dans la mesure où elles sont justifiées en vertu de l'article 36. En effet, dans la mesure où le droit sur les brevets du pays d'exportation accorde à un brevet le même niveau de protection que le droit du pays d'importation, il n'est pas justifié de permettre au titulaire de se protéger contre les importations de produits couverts par son brevet s'il les a lui-même commercialisés dans le pays d'exportation et a ainsi pu bénéficier de la rémunération que son brevet tend à lui assurer. Lui permettre d'obtenir cette rémunération une deuxième fois imposerait un obstacle indu aux échanges entre États membres. Toutefois, si — pour quelque raison que ce soit — il ne jouit pas d'une protection dans le pays d'exportation, ou si le droit de ce pays ne lui accorde pas une protection de niveau aussi élevé que le droit du pays d'importation, il devrait lui être permis d'invoquer son droit exclusif pour empêcher les importations parallèles (1360).

L'analyse de Willy Alexander annonçait la doctrine de l'« objet spécifique » qui allait être adoptée par la Cour de justice par la suite. Elle reconnaissait que l'application des règles du traité sur la libre circulation des marchandises, tout en limitant les droits de propriété industrielle, ne devait pas aboutir à les priver de toute protection. Il y a lieu, dans chaque

(1359) H. Johannes, « Schallplatten-Import und § 85 des Urheberrechtsgesetzes », *GRUR Int.*, 1970, p. 222.

(1360) W. Alexander, « L'établissement du marché commun et le problème des brevets parallèles », *Rev. trim. dr. eur.*, 1968, pp. 513, 529-530. Voy. aussi (pour le cas où le pays d'exportation ne prévoit pas un niveau de protection aussi élevé que le pays d'importation) : W. Alexander, note sous CJ, 20 janvier 1981, aff. Jtes 55 et 57/80, *Musik-Vertrieb Membran*, *Common Market Law Review*, 1981, p. 422, 425-426.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

cas, de mettre en balance les exigences du traité et les objectifs légitimes poursuivis par les titulaires de droits de propriété industrielle (1361).

Dans l'affaire Deutsche Grammophon, la Cour combina les théories Koch-Froschmaier, Johannes et Alexander pour aboutir à la conclusion que les règles du traité sur la libre circulation des marchandises s'opposent à l'exercice, par le fabricant d'un support de son, du droit exclusif que lui accorde la législation nationale afin d'interdire la vente de produits mis sur le marché par lui-même ou avec son consentement dans un autre État membre. Comme l'observa Willy Alexander lui-même (1362), la Cour ne s'est pas fondée expressément sur l'article 30 du traité mais, plus généralement, sur les « règles qui prévoient la libre circulation des produits à l'intérieur du marché commun » (1363). Toutefois, l'arrêt Sterling Drug, rendu deux ans et demi plus tard, élimina les derniers doutes concernant le raisonnement adopté : la Cour s'y fonda explicitement sur les articles 30 et 36, confirmant ainsi la position annoncée par Willy Alexander huit ans plus tôt (1364).

Très correctement, Willy Alexander s'est rendu compte que sa théorie, en privant les titulaires de brevets de la possibilité d'entraver les importations parallèles, pourrait fausser les conditions de la concurrence dans la mesure où les États membres imposent l'obligation d'exploiter un brevet sur leur territoire comme condition pour le maintien de l'exclusivité qu'il entend garantir. En effet, une telle condition peut aboutir à ce que le brevet ne soit pas exploité dans des conditions économiquement optimales, vu que maintenir une production locale dans chaque État membre peut être coûteux et peu rentable. Priver les titulaires de brevets de la possibilité d'agir contre les importations parallèles, dans de tels cas, suppose l'élimination des règles prévoyant l'obligation d'exploiter le brevet localement. Ici aussi, Willy Alexander a été parmi les premiers à souligner l'incompatibilité de ces règles avec les principes du traité (1365). Ce ne fut pas avant 1992 que la Cour de justice confirma la justesse de cette position (1366).

Si l'idée de fonder sur les articles 30 et 36 l'interdiction d'entraver les importations parallèles de produits protégés par un droit de propriété industrielle lorsque ces produits ont été régulièrement commercialisés par le titulaire ou avec son consentement dans un État membre ne paraît plus révolutionnaire aujourd'hui, vingt-cinq années après son adoption

(1361) W. Alexander, *op. cit.* à la note 9 *supra*, *Rev. trim. dr. eur.*, 1968, p. 529 ; voy. aussi, du même : *Brevets d'invention et règles de concurrence du traité C.E.E.*, Bruxelles, 1971, § 150.

(1362) Note sous l'arrêt *Deutsche Grammophon*, *Cah. dr. eur.*, 1971, pp. 587, 604.

(1363) Arrêt du 8 juin 1971, aff. 78/70, *Deutsche Grammophon*, *Rec.*, 1971, p. 487.

(1364) Arrêt du 31 octobre 1974, aff. 15/74, *Sterling Drug*, *Rec.*, 1974, p. 1147.

(1365) *Op. cit.* à la note 9 *supra*, *Rev. trim. dr. eur.*, 1968, pp. 521-522.

(1366) Arrêts du 18 février 1992, aff. C-235/89, *Commission c. Italie*, *Rec.*, 1992, p. I-777 ; aff. C-30/90, *Commission c. Royaume-Uni*, *Rec.*, 1992, p. I-829.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

par la Cour de justice dans l'affaire Centrafarm/Sterling Drug, il mérite d'être rappelé que, à l'époque, elle fut reçue avec beaucoup de scepticisme. Willy Alexander m'avait confié qu'il avait montré un projet de son article à des fonctionnaires du service juridique de la Commission, et que ceux-ci lui avaient fait valoir la difficulté de considérer qu'une règle de droit qui, en elle-même, n'est pas contraire au traité (telle la règle donnant au titulaire d'un brevet le droit de s'opposer aux importations non autorisées par lui) pouvait constituer une mesure d'effet équivalent du seul fait des circonstances dans lesquelles elle était invoquée (à savoir lorsqu'elle avait pour but de s'opposer aux importations de produits mis sur le marché par lui-même ou avec son consentement). C'est pour cette raison que, dans ses observations dans l'affaire Deutsche Grammophon, la Commission préféra s'appuyer sur la théorie Koch-Froschmaier. Ces observations mettaient expressément en doute la possibilité d'appliquer l'article 30 à une disposition de nature législative du seul fait que celle-ci permet aux personnes privées de l'invoquer pour faire obstacle à la libre circulation des marchandises (1367).

II. — LA POSSIBILITÉ D'APPLIQUER L'ARTICLE 85(1) AUX ACTIONS EN CONTREFAÇON DESTINÉES À ENTRAVER LES IMPORTATIONS PARALLÈLES

Quoique la Cour ait clairement indiqué dans l'arrêt Parke, Davis que l'exercice d'un droit de propriété industrielle n'est pas interdit en lui-même par l'article 85(1), en l'absence de tout accord, décision ou pratique concertée, il subsistait certains doutes quant à l'étendue de l'applicabilité de l'article 85 à l'exercice de droits de propriété industrielle. La question avait un intérêt pratique certain à l'époque, alors que la Cour de justice n'avait pas encore établi clairement que l'exercice d'un droit de propriété industrielle pour entraver les importations parallèles était visé par l'article 30.

Dans une étude publiée en 1972, Willy Alexander suggéra d'appliquer l'article 85 aux actions en contrefaçon intentées par le propriétaire d'une marque lorsque la marque en question a été acquise d'une personne qui possède une marque identique dans un autre État membre. En effet, dans un tel cas, le transfert de la marque, quoique valable en lui-même, donne naissance à une situation dans laquelle l'acquéreur peut, en vertu de son droit national, empêcher l'importation de produits provenant d'un autre État membre (l'État où le cédant les a mis dans le commerce), alors que ce résultat n'aurait pas pu être atteint, avant la cession, par

(1367) Voy. *Rec.*, 1971, p. 496. Voy. aussi W. Alexander, *op. cit.* à la note 11 *supra*, *Cah. dr. eur.*, 1971, pp. 587, 601.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

le propriétaire originaire de la marque. Pour Willy Alexander, l'exercice du droit à la marque, dans de telles circonstances, et le cloisonnement des marchés auquel il donne lieu, ne sont unilatéraux qu'en apparence, puisqu'ils sont une conséquence de l'accord de cession ; ils tombent donc sous le coup de l'interdiction de l'article 85(1) (1368).

Une fois de plus, Willy Alexander ne faisait qu'annoncer l'évolution future de la jurisprudence. En effet, quelques mois après l'achèvement de son article et avant sa publication, la Cour rendait son arrêt Sirena, qui consacrait le même résultat (1369).

Une question plus difficile se pose lorsque la cession se fait entre sociétés appartenant au même groupe. En effet, selon la Commission, l'applicabilité de l'article 85 suppose l'existence d'au moins deux unités économiques indépendantes (1370). Dès lors, une répartition habile des différents droits nationaux à une même marque entre sociétés membres d'un même groupe permettrait à celles-ci d'ériger des barrières aux échanges échappant au champ d'application de l'article 85, même si l'on donne une interprétation large à l'arrêt Sirena. Willy Alexander ne se laissa pas arrêter par cette objection. Invoquant à son appui le droit anti-trust américain, qui acceptait à l'époque la théorie de l'« intra-enterprise conspiracy », il estima que l'article 85(1) est applicable à l'exercice par le titulaire d'une marque d'une action en justice tendant à faire interdire la vente de produits revêtant la même marque commercialisés par une société sœur dans un autre État membre. En effet, dans un tel cas, la possibilité d'agir en justice — portant atteinte de ce fait aux activités commerciales de tiers dans d'autres États membres — n'existe qu'en raison du fait que le demandeur a une personnalité juridique distincte de celle de la société qui a mis les produits dans le commerce à l'origine (1371).

La réponse donnée par la Cour de justice dans son arrêt Sterling Drug coupa court à la nécessité d'admettre la théorie de l'« intra-enterprise conspiracy » en droit communautaire. En effet, à partir du moment où il devenait possible de considérer que l'exercice unilatéral de droits de propriété industrielle était visé par les articles 30 et 36 du traité, il n'était plus nécessaire de chercher à étendre le champ d'application de l'article 85 pour le rendre applicable aux relations entre sociétés d'un même groupe. Quoique l'arrêt Sterling Drug contînt une allusion assez obscure

(1368) « Le cloisonnement des marchés des États membres de la C.E.E. au moyen de marques appartenant à différentes sociétés faisant partie d'un même groupe (Konzern) : un cas d'" intra-enterprise conspiracy " ? », *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, 1972, pp. 9, 22-23.

(1369) Arrêt du 18 février 1971, aff. 40/70, *Sirena/Eda*, *Rec.*, 1971, p. 69.

(1370) Décision du 18 juin 1969, *Christiani & Nielsen*, *J.O.C.E.*, n° L 165 du 5 juillet 1969, p. 12 ; décision du 30 juin 1970, *Kodak*, *J.O.C.E.*, n° L 147 du 7 juillet 1970, p. 24.

(1371) *Op. cit.* à la note 17 *supra*, p. 25.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

à la théorie de l'« intra-enterprise conspiracy » (1372), la Cour n'a pas eu à s'appuyer sur cette doctrine dans ses arrêts ultérieurs (1373).

III. — LA POSSIBILITÉ D'APPLIQUER L'ARTICLE 85 AUX ACCORDS DE LICENCE EXCLUSIVE

L'attitude de Willy Alexander vis-à-vis des problèmes juridiques s'est toujours caractérisée par une profonde défiance des catégories juridiques comme moyens de trouver des solutions appropriées. Il a toujours été fermement convaincu de la nécessité de prendre en considération l'ensemble des intérêts en cause plutôt que de se laisser guider par des principes juridiques pré-établis. Cette tendance apparaît particulièrement clairement dans son approche des problèmes de concurrence soulevés par les licences exclusives de droits de propriété industrielle.

Ainsi, dès l'origine, il s'est montré critique à l'égard de la méthode suivie par la Commission dans sa fameuse « communication de Noël » (1374). Il regrettait particulièrement la conclusion, fondée exclusivement sur une approche théorique, selon laquelle l'article 85 est inapplicable aux accords de licence exclusive de vente (1375). Ainsi qu'il l'observait à juste titre, l'octroi d'un droit exclusif de vente entraîne nécessairement une autorisation donnée au licencié pour empêcher les importations parallèles des produits concernés, qu'ils proviennent directement du concédant lui-même ou d'un autre licencié ou qu'ils soient importés par un tiers. C'est donc avec satisfaction qu'il a salué l'introduction dans le règlement n° 67/67 d'une disposition excluant l'applicabilité du règlement lorsque les parties se fondent sur des droits de propriété industrielle pour entraver les importations parallèles (1376). Plus fondamentalement, il pensait que toute licence exclusive peut, le cas échéant, tomber sous le coup de l'interdiction de l'article 85, devançant ainsi de cinq ans la solution qui allait être retenue par la Commission dans les décisions Burroughs (1377).

(1372) Arrêt *Sterling Drug* cité à la note 13 *supra*, attendu 41.

(1373) Dans l'affaire *Parker Pen*, la Cour a même fini par rejeter entièrement cette doctrine (arrêt du 24 octobre 1996, aff. C-73/95 P, *Viho Europe*, *Rec.*, 1996, p. I-5457), suivant en cela l'exemple de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Copperweld Corporation v. Independence Tube Corporation*, 467 U.S. 752 (1984).

(1374) Communication de la Commission relative aux accords de licence de brevets, *J.O.C.E.*, 24 décembre 1962, p. 2922.

(1375) « Artikel 85 E.E.G. en de octrooirechtelijke exclusieve verkooplicentie », *Nederlands Juristenblad*, 1967, p. 1167. Voy. aussi *Brevets d'invention...*, cité à la note 10 *supra*, §§ 142-143 ; « La licence exclusive et les règles de concurrence de la C.E.E. », *Cah. dr. eur.*, 1973, p. 3, 10-12.

(1376) Voy. l'article 3 du règlement n° 67/67, *J.O.C.E.*, 25 mars 1967, p. 849.

(1377) Décisions du 22 décembre 1971, *Burroughs-Delplanque* et *Burroughs-Geha-Werke*, *J.O.C.E.*, n° L 13 du 17 janvier 1972, pp. 50 et 53.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

IV. L'EFFET ANTI-CONCURRENTIEL POTENTIEL DES ACCORDS DE TRANSFERT DE TECHNOLOGIE

Les règlements et décisions de la Commission ne jettent guère de lumière sur les effets anti-concurrentiels auxquels les accords de transfert de technologie peuvent donner naissance. À part une brève mention dans la communication de Noël (1378) et dans les règlements d'exemption de la Commission (1379), les licences réciproques et les communautés de brevets n'ont fait l'objet que d'une poignée de prises de position de la Commission, généralement pas sous la forme de décisions publiées (1380).

Ici aussi, Willy Alexander s'est insurgé contre l'attitude trop théorique de la Commission, consistant à considérer que toute restriction « couverte » par le droit de brevet bénéficie de l'immunité à l'égard de l'application des règles de concurrence. Il prônait une méthode plus souple qui, tout en reconnaissant les effets positifs que la mise en commun de technologies concurrentes peut avoir, non seulement pour les parties concernées, mais aussi pour le public en général, tienne compte de la nécessité d'éviter tant la création de positions monopolistiques que l'exclusion des tiers de la possibilité d'accès à une technologie essentielle (1381).

Plus récemment, la réflexion menée par Willy Alexander au sujet des accords de transfert de technologie l'a amené à remettre en cause le bien-fondé de la thèse, jusque-là considérée comme axiomatique, selon laquelle le transfert de technologie est nécessairement de nature à favoriser la concurrence, étant donné qu'il augmente le nombre de firmes autorisées à exploiter une technologie donnée (1382). Dans une contribution remarquable à un colloque organisé par l'Université Fordham en 1988, il observa que l'octroi d'une licence constitue en réalité un moyen de commercialiser la source de l'avantage concurrentiel que l'on possède sur autrui. Son résultat est de priver, dans une mesure plus ou moins importante, le détenteur d'une technologie de son avantage concurrentiel sur le licencié — avec tous les risques qui peuvent en découler pour la concurrence (1383).

(1378) Voy. la section II de la communication citée à la note 23 *supra*.

(1379) Règlement n° 2349/84 de la Commission, art. 5 ; règlement n° 556/89 de la Commission, art. 5 ; règlement n° 240/96 de la Commission, art. 5.

(1380) Voy. p. ex. l'affaire *Concast-Mannesmann*, 11e Rapport sur la politique de concurrence, §§ 93 et 94.

(1381) *Brevets d'invention...*, cité *supra*, note 10, § 161.

(1382) Voy. notamment la décision du 22 décembre 1987, *Rich Product/Jus-rol*, *J.O.C.E.*, n° L 69 du 15 mars 1988, p. 21, § 27.

(1383) « The Horizontal Effects of Licensing a Technology as Dealt With by EEC Competition Policy », *1988 Fordham Corporate Law Institute*, p. 11-1, pp. 11-10 et 11-11.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Sauf dans un cas — qui n'a fait l'objet que d'une description relativement incomplète dans le rapport annuel de la Commission (1384) — la Commission n'a jamais examiné les effets potentiellement négatifs d'accords de licence non-exclusive pour la concurrence entre technologies. Au contraire, la Commission a systématiquement exempté les clauses de rétrocession d'inventions, à la seule condition qu'elles soient réciproques et non-exclusives (1385), sans s'inquiéter de leurs effets pour la concurrence entre technologies (1386). Dans l'affaire Tetra Pak I, la Commission a considéré comme abusive au sens de l'article 86 l'acquisition par Tetra Pak d'une société qui détenait une licence exclusive concernant une technologie concurrente ; simultanément, toutefois, la Commission indiquait qu'elle n'aurait eu aucune objection à l'acquisition si la licence avait été non-exclusive (1387).

Pourtant, ainsi que le soulignait Willy Alexander, il peut exister des raisons sérieuses de mettre en doute la légalité de l'accord de concession de licence lui-même, cet accord fût-il non-exclusif. Plutôt que d'adopter une approche systématiquement favorable, il serait préférable que la Commission se livre à un examen au cas par cas pour vérifier si les avantages de la coopération l'emportent sur ses effets négatifs pour la concurrence par l'innovation. Pour cela, la Commission devrait attacher plus d'importance que par le passé aux caractéristiques de la technologie concernée et à la puissance respective des parties par rapport à cette technologie (1388).

Il est trop tôt pour savoir si ces recommandations seront suivies d'effet. À en juger par le nouveau règlement d'exemption des accords de transfert de technologie (1389), cela ne semble pas être le cas.

V. — LA VALEUR SOCIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET INDUSTRIELLE

Pendant les dernières années de sa vie, Willy Alexander s'est beaucoup préoccupé du problème fondamental de la justification sociale de la protection accordée à la propriété intellectuelle et industrielle. Il présenta le fruit de ses réflexions à ce sujet dans la leçon inaugurale qu'il fit lors de sa nomination comme titulaire de la chaire Bregstein à l'Université d'Amsterdam le 7 octobre 1993 (1390).

(1384) Affaire *Concast-Mannesmann*, citée *supra*, note 29.
(1385) Voy, p. ex., le règlement n° 2349/84, art. 2(1)(10) ; le règlement n° 556/89, art. 2(1)(4).
(1386) « The Horizontal Effects... », cité *supra*, note 29, pp. 11-15.
(1387) « The Horizontal Effects... », cité *supra*, note 29, pp. 11-14.
(1388) « The Horizontal Effects... », cité *supra*, note 29, pp. 11-15 et 11-16.
(1389) Règlement n° 240/96 de la Commission, cité *supra*, note 28.
(1390) *De betrekkelijke waarde van de intellectuële eigendom*, Zwolle, 1993 ; voy. aussi « Indonesian Copyright Law as an Illicit Commercial Practice », *Bar European News*, 1er février

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Fidèle à son approche traditionnelle, il rejette la conception classique, héritée de la Révolution française, selon laquelle la propriété intellectuelle constituerait un « droit naturel ». Suivant en cela Machlup (1391), il pense qu'il n'existe pas de preuve concluante à l'appui de la thèse selon laquelle l'adoption d'un système de protection de la propriété intellectuelle et industrielle produit un effet positif sur les efforts que les firmes consacrent à l'innovation. Il rappelle au passage que de nombreux pays industrialisés qui considèrent comme primordiale la protection de la propriété intellectuelle et industrielle ne partageaient pas cette conception lors de la phase initiale de leur industrialisation. Ainsi, par exemple, en 1869, le législateur néerlandais décida de suspendre l'application de sa loi de 1817 sur les brevets. C'est à cette époque que de grandes entreprises multinationales comme Philips et Unilever se développèrent. Ce ne fut qu'en 1910 qu'une nouvelle loi sur les brevets fut introduite.

Ceci l'amène à exprimer de vives critiques à l'égard des pressions exercées, ces dernières années, par les États-Unis — notamment par l'adoption de la loi « Special 301 » prévoyant l'imposition de sanctions à l'encontre des pays « qui refusent d'accorder une protection adéquate et effective aux droits de propriété intellectuelle et un accès juste et équitable aux personnes qui invoquent la protection de la propriété intellectuelle » — et par la Communauté européenne — par l'adoption du règlement n° 1641/84 du Conseil (1392) — ainsi qu'à l'égard de l'inclusion de dispositions relatives à la protection de la propriété intellectuelle dans les négociations de l'Uruguay Round, le tout afin de forcer les pays moins développés à adopter des systèmes de protection de la propriété industrielle d'un niveau considéré comme satisfaisant par les pays développés. Selon lui, l'imposition d'une telle obligation constitue une atteinte à la souveraineté économique, culturelle et juridique des pays en voie de développement. Elle ne sert en réalité qu'à protéger la possibilité pour les pays développés de trouver de nouveaux débouchés pour leurs produits et à consolider l'avantage économique dont ils bénéficient à l'égard des pays récemment industrialisés.

* * *

1988, pp. 8-9.

(1391) Fritz Machlup, *An Economic Review of the Patent System*, Study n° 15 of the Subcommittee on Patents, Trademarks and Copyright of the Committee on the Judiciary, U.S. Senate, 85th Congress, Second Session (Washington 1958, p. 80).

(1392) *J.O.C.E.*, n° L 252 du 20 septembre 1984, p. 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La Cour avait, quelques mois avant l'arrêt *Deutsche Grammophon*, cru trouver dans une interprétation extensive de l'article 85 un moyen de limiter les effets de la territorialité des droits de propriété industrielle. Selon l'arrêt *Sirena* du 18 février 1971, pour que l'interdiction découlant de cet article soit applicable, il suffisait que l'exercice du droit de propriété industrielle pour cloisonner le marché ait été rendu possible par un accord, même si celui-ci n'était plus en vigueur.

Cette construction me paraissait artificielle. Du moment où aucun lien économique ne subsistait entre le cédant et le cessionnaire, chacun devait, selon moi, être libre de se protéger contre les importations en provenance de l'autre. Cette solution, que j'avais préconisée dans une conférence faite le 12 octobre 1973 à la Studienvereinigung Kartellrecht, a fini par prévaloir vingt ans plus tard (1393).

« Droits de propriété industrielle et règles de concurrence dans la C.E.E. »,
Revue de droit intellectuel – L'Ingénieur-Conseil,
1973, pp. 157-174.

PRÉAMBULE

Il n'est guère facile d'exposer de manière complète, dans une conférence d'une heure, l'ensemble des problèmes touchant aux rapports entre les droits de propriété industrielle et les règles de concurrence de la C.E.E. Il s'agit en effet d'un sujet qui soulève de nombreuses difficultés. Celles-ci résultent en premier lieu de ce que, par nature, les droits de propriété industrielle confèrent à leurs titulaires la possibilité d'exclure toute concurrence dans la mesure du droit exclusif qui leur est garanti. En outre, l'étendue de la protection accordée par les législations sur la propriété industrielle est limitée au territoire national, ce qui est de nature, dans de nombreux cas, à faire échec à la libre circulation des produits à l'intérieur du Marché commun. À cela s'ajoute que les droits de propriété industrielle résultent pour le moment de législations nationales souvent divergentes, de telle sorte que leurs titulaires ne jouissent pas de la même protection dans toute la Communauté. Enfin, le fait que les droits de propriété industrielle relèvent des législations nationales alors que les règles de concurrence sont inscrites dans le traité et dans ses règlements d'application soulève le délicat problème des relations à établir entre dispositions relevant de deux ordres juridiques différents.

(1393) C.J. 22 juin 1994, C-9/93, Ideal Standard, *Rec.*, 1994, p. I-2789.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

On aperçoit ainsi que le problème, déjà difficile lorsqu'il est envisagé au plan national, devient encore beaucoup plus compliqué lorsqu'on l'examine au plan communautaire.

Plutôt que de vouloir examiner l'ensemble des questions relevant du sujet qui m'est imparti — ce qui excéderait manifestement le cadre d'une conférence — je m'attacherai avant tout à faire le point des solutions qui se dégagent de la pratique de la Commission et de la jurisprudence de la Cour de Justice, en choisissant celles qui me paraissent présenter la plus grande importance pour les praticiens. Cette méthode présente l'avantage de permettre de mieux serrer la réalité et, en conséquence, de faire œuvre plus utile, que celle — peut-être plus satisfaisante sur le plan logique — qui consiste à vouloir analyser les problèmes en suivant un schéma purement abstrait.

Ma tâche est facilitée par deux facteurs qui, dans le présent contexte, présentent une importance considérable. En premier lieu, le quatrième Forum sur le droit des cartels organisé par la Studienvereinigung Kartellrecht a été tout entier consacré au problème des rapports entre droits de propriété industrielle et droit de la concurrence de la C.E.E. Les excellents rapports qui ont été présentés à cette occasion ont permis de faire le point de la situation telle qu'elle se présentait en 1970, de telle sorte qu'il ne sera pas nécessaire pour moi d'y revenir. D'autre part, depuis 1970, un grand nombre des questions qui se posaient ont fait l'objet d'arrêts de la Cour de Justice ou de décisions de la Commission. Il m'est dès lors possible de construire mon exposé des solutions du droit positif sur une base plus ferme que mes prédécesseurs à cette tribune.

A. BREVETS PARALLÈLES ET IMPORTATIONS PARALLÈLES.

Depuis l'arrêt *Deutsche Grammophon* (1394), le problème de la protection à accorder au titulaire de brevets nationaux distincts couvrant la même invention contre les importations parallèles des produits couverts par le brevet peut être considéré comme tranché. Cette question, sur laquelle Koch et Froschmaier ont eu le mérite d'attirer l'attention pour la première fois, avait fait l'objet de nombreuses controverses doctrinale (1395). Dans son arrêt *Voran* du 29 février 1968, le Bundesgerichtshof, rejetant la thèse de Koch et Froschmaier, avait estimé que le titulaire allemand du droit exclusif de protection d'une variété végétale (Sortens-

(1394) Arrêt du 8 juin 1971, affaire n° 78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft m.b.H. c/ Metro-S.B.-Grossmärkte*, *Recueil*, XVII, p. 487.

(1395) Voyez notamment les rapports de W. Alexander, M. Hirsch et R. Plaisant in: *Brevets et marques au regard du droit de la concurrence en Europe et en Amérique*, Bruxelles, Institut d'Études européennes, 1968; Deringer I; Alexander II, p. 179 et suiv.; voyez aussi H.W. Wertheimer, *Rapport au quatrième forum sur le droit des cartels de Bruxelles*, 1970, *Gewerbliche Schutzrechte und E.W.G. Kartellrecht*, p. 175 et suiv.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

chutzrecht) avait le droit de s'opposer à l'importation en Allemagne de pommes de terre qu'il avait lui-même mises en circulation aux Pays-Bas où il possédait un droit parallèle (1396).

Toutefois, dans l'arrêt *Deutsche Grammophon*, la Cour de Justice a affirmé que « si un droit voisin du droit d'auteur est invoqué pour interdire la commercialisation dans un État membre de produits mis en circulation par son titulaire, ou avec son consentement, sur le territoire d'un autre État membre, au seul motif que cette mise en circulation n'aurait pas eu lieu sur le territoire national, une telle interdiction, consacrant l'isolement des marchés nationaux, se heurte au but essentiel du traité, qui tend à la fusion des marchés nationaux dans un marché unique » (attendu 12).

Comme on l'a observé de plusieurs côtés (1397), la solution donnée par la Cour ne se fonde pas sur les articles 85 et 86, mais bien sur les règles relatives à la libre circulation des marchandises, règles dont le respect s'impose aux tribunaux nationaux, en vertu de l'article 5, alinéa 2, non seulement dans les différends entre un particulier et un État membre mais aussi dans les contestations entre personnes privées (1398).

Il y a lieu d'admettre avec la doctrine dominante (1399) et conformément à la pratique de la Commission (1400), que, quoiqu'il concerne un droit voisin du droit d'auteur, le principe posé par l'arrêt *Deutsche Grammophon* doit être appliqué par analogie aux droits de brevets. Il en résulte que le titulaire de brevets parallèles ne peut plus invoquer son droit exclusif pour cloisonner les marchés nationaux en faisant interdire l'importation et la vente de produits mis en circulation dans un autre État membre sous la protection d'un brevet parallèle par lui-même, par une société économiquement liée (1401) ou par un licencié. L'arrêt consacre donc la règle dite de l'épuisement du droit de brevet à l'échelle communautaire (EWG-Weite Erschöpfungslehre) (1402).

Toutefois, si on analyse attentivement tant les faits à la base de la décision *Deutsche Grammophon* que la motivation de la Cour, on aperçoit que l'arrêt va en réalité plus loin qu'une consécration de l'épuisement à l'échelle communautaire.

(1396) B.G.H., 29 février 1968, *Grur-ait*, 1968, p. 129 ; voyez aussi Deringer I.

(1397) Alexander, note sous l'arrêt *Deutsche Grammophon*, *Cah. dr. eur.*, 1971, p. 594 et suiv. ; Johannes, p. 49 et suiv. ; Korah, p. 639 ; Ullrich I, p. 211 et suiv.

(1398) Voyez spécialement en ce sens Défalque.

(1399) Voyez en ce sens Johannes, p. 52, qui relève que l'extension de la solution de l'arrêt *Deutsche Grammophon* aux droits de brevets est admise même par les auteurs qui critiquent l'arrêt.

(1400) Voyez décision *Davidson Rubber* du 9 juin 1972, *J.O.C.E.*, n° L 143 du 23 juin 1972, p. 31.

(1401) Johannes, p. 72.

(1402) Ullrich I, p. 201.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

En effet, *Deutsche Grammophon* ne jouissait en France d'aucune protection analogue à celle que lui conférait en Allemagne la loi sur les droits d'auteur. Certes, on peut admettre qu'elle y bénéficiait d'une certaine protection notamment contre la concurrence déloyale, mais il s'agissait là d'une protection beaucoup plus limitée et incertaine que celle que lui reconnaissait la loi allemande. Dès lors, il n'est pas possible de justifier la solution de l'arrêt uniquement sur la base de la notion d'épuisement, puisqu'il n'existait aucune protection, ou guère, à « épuiser » en France.

Les motifs de l'arrêt vont dans le même sens : selon eux, il suffit, pour que l'exercice du droit exclusif soit considéré comme contraire aux objectifs du traité, que les produits faisant l'objet d'importations parallèles aient été écoulés par le titulaire ou avec son consentement dans un autre État membre, sans qu'il soit requis que le titulaire ait joui d'une protection similaire dans cet autre État membre.

On peut dès lors se demander si l'arrêt *Deutsche Grammophon* ne restreint pas, dans une mesure considérable, la protection reconnue au titulaire d'un brevet pour l'arrêt *Parke, Davis* (1403). Dans cet arrêt, la Cour avait admis que le titulaire d'un brevet néerlandais peut s'opposer à l'importation de produits pharmaceutiques importés d'Italie, où ces produits ne peuvent faire l'objet d'un brevet. La Cour n'avait pas distingué selon que les produits en cause avaient été vendus en Italie par *Parke, Davis* (ou un de ses licenciés) ou par un tiers (1404). Depuis l'arrêt *Deutsche Grammophon*, il semblerait que *Parke, Davis* ne pourrait plus invoquer son brevet néerlandais pour empêcher l'importation de produits qui auraient été vendus en Italie par elle-même ou avec son consentement.

Si cette interprétation est correcte, elle me paraît soulever de sérieuses réserves. En effet, la théorie de l'épuisement se justifie par la notion que le titulaire du droit exclusif a, en mettant le produit en circulation, perçu la rémunération de ses efforts de recherche et de développement et qu'il n'est pas justifié de lui permettre de percevoir une deuxième fois cette rémunération (1405).

Il est évident qu'en mettant les produits en circulation dans un État membre où ils ne sont pas protégés par un brevet, le titulaire ne perçoit pas cette rémunération ; il n'y a donc aucune raison de lui interdire de s'opposer à leur importation dans un autre État, où il a pris un brevet, et où il a droit, dès lors, à sa rémunération. En décider autrement revient,

(1403) Arrêt du 29 février 1968, affaire 24/67, *Recueil*, XIV, p. 81.

(1404) Il semble que, dans la réalité, les produits avaient été fabriqués et vendus en Italie par un licencié de Parke, Davis (voyez JOHANNES, p. 75).

(1405) Voyez en ce sens KOCH et FROSCHMAIER ; ALEXANDER II, n°s 147 et suiv.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

me semble-t-il, à porter une atteinte excessive au contenu de la protection accordée par les brevets nationaux (1406).

Dans un remarquable ouvrage récemment paru, Johannes critique la thèse qui voit dans la rémunération la justification essentielle du brevet (« Belohnungstheorie ») (1407). Il fait observer *en premier lieu* que, dans les pays de Common Law, le brevet est justifié par la nécessité d'inciter, dans l'intérêt général, à la découverte de nouvelles inventions (« Anspornungstheorie ») et non par la nécessité de rémunérer, dans un intérêt privé, les intérêts de l'inventeur. *En second lieu*, Johannes remarque que la thèse de la rémunération défendue par Koch et Froschmaier, revient à priver le breveté de toute protection contre les importations parallèles provenant de *pays tiers* où il a déposé des brevets pour la même invention ; elle n'est pas limitée au commerce intracommunautaire. *En troisième lieu*, selon Johannes, il n'existerait pas, en pratique, de « brevets parallèles » au sens propre du terme : les conditions de brevetabilité et les exigences légales relatives à la formulation des revendications et au niveau de nouveauté varient de pays à pays ; en outre, il arrive souvent qu'une même invention soit couverte par des brevets différents selon les pays.

Aucune de ces objections ne me paraît déterminante :

1. La distinction entre théorie de la rémunération et théorie de l'incitation me paraît factice. La protection des brevets a incontestablement un but d'intérêt général, celui d'inciter à la recherche ; il en est ainsi dans tous les pays, et pas seulement dans ceux de Common Law. De même, dans *tous* les pays, y compris ceux de Common Law, le moyen choisi pour atteindre ce but est l'octroi d'un droit exclusif à l'inventeur, droit exclusif dont le but est de lui accorder une rémunération pour la contribution à l'intérêt général que constitue son invention. Intérêt public et intérêt privé, incitation et rémunération, sont donc indissolublement liés, le second apparaissant comme le moyen d'atteindre le but représenté par le premier.
2. Certes, la théorie de la rémunération est susceptible de trouver application aussi bien dans les rapports avec les pays tiers qu'au sein de la Communauté. Il en est ainsi parce qu'elle se fonde sur une prise en considération de la fonction même du brevet. Or, cette fonction est nécessairement la même, qu'il s'agisse des relations intracommunautaires ou internationales. Il n'y a toutefois là aucun motif de la rejeter.

(1406) Voyez ALEXANDER III, p. 144.
(1407) JOHANNES, p. 24 à 26.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

3. Il se peut que des brevets « parallèles » au sens propre, soient rares ou même inexistants en pratique. Cela ne signifie pas que la théorie de la rémunération ne pourra pas trouver application. Si le breveté a pu percevoir une fois *la rémunération de son invention*, il ne pourra plus la percevoir une seconde fois ; il en est ainsi même si la forme sous laquelle cette rémunération a été perçue, ou si le moyen mis en œuvre pour la lui assurer sont différents dans les deux cas. Ainsi pour prendre le cas *Deutsche Grammophon*, il serait justifié de refuser à D.G. la protection de la loi allemande sur le droit d'auteur s'il était établi que le droit français de la concurrence déloyale assurait une protection équivalente, et lui avait ainsi permis de toucher sa rémunération en France.

En conclusion, il me semble que l'application des principes de libre circulation des marchandises et de libre concurrence trouve sa limite dans la nécessité d'assurer au titulaire d'un droit exclusif la rémunération à laquelle il a droit en raison de la contribution qu'il apporte à l'intérêt général.

Dès lors, je suis d'avis que le titulaire du droit exclusif doit avoir la faculté de s'opposer aux importations parallèles de produits qu'il a lui-même mis en circulation dans un autre État membre où les produits ne sont pas protégés, et ce quel que soit le motif de cette absence de protection (le brevet peut avoir été refusé ou annulé, il peut avoir expiré, l'ayant droit peut ne pas avoir effectué de dépôt ou avoir laissé s'éteindre le brevet en omettant d'acquitter les taxes annuelles) (1408). Il en irait bien entendu autrement si le titulaire avait délibérément renoncé de concert avec un licencié à la protection dans un autre État afin de pouvoir cloisonner les marchés (1409).

B. BREVETS PARALLÈLES ET VENTES DIRECTES HORS DU TERRITOIRE.

Il résulte de l'arrêt *Deutsche Grammophon* que lorsque le breveté a accordé des licences parallèles sur la même invention dans plusieurs États membres, il ne peut invoquer son droit de brevet pour s'opposer aux importations non autorisées dans un de ces États de produits qui ont été mis sur le marché par un de ses licenciés dans un autre État. Dans cette mesure, on peut dire que l'arrêt *Deutsche Grammophon* porte atteinte à la faculté de concéder des licences exclusives de vente, puisque le licencié « exclusif » ne peut dorénavant plus s'opposer à la vente dans son territoire de produits qui ont été mis en vente par le breveté ou par un autre licencié dans un autre État membre.

(1408) Voyez Alexander II, p. 325.
(1409) Alexander II, p. 326.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Qu'en est-il en cas de vente directe par un licencié dans le territoire de l'autre ? Le licencié exclusif qui en est victime peut-il agir, en vertu du droit des brevets, contre le licencié voisin ? Le titulaire peut-il interdire contractuellement à ses licenciés respectifs de vendre dans le territoire attribué à chacun des autres ? Ces questions qui sont liées, présentent un intérêt pratique certain, surtout lorsqu'il s'agit de produits pour lesquels il n'existe pas de marché intermédiaire (machines, équipement industriel...) et pour lesquels le principe de l'épuisement à l'échelle communautaire (EWG-weite Erschöpfungslehre) posé par l'arrêt *Deutsche Grammophon* n'est pas de nature à créer des possibilités réelles d'importation.

La faculté pour le licencié exclusif d'agir lui-même contre les ventes directes de son voisin dépend en premier lieu du droit national des brevets. Ullrich a démontré que, pour ce qui concerne le droit allemand, il est douteux que pareille possibilité existe. Selon lui, le licencié exclusif ne pourrait agir directement mais en serait réduit à demander l'intervention du titulaire (1410).

À supposer que le licencié exclusif (ou le titulaire) puissent agir directement en vertu du droit national, encore convient-il de se demander si pareil exercice du droit exclusif n'est pas contraire aux règles de concurrence du traité. Certes, l'arrêt *Deutsche Grammophon* n'est pas pertinent dans ce contexte puisqu'il envisage le cas de produits déjà mis en circulation dans un autre État membre par le titulaire ou par un autre licencié. Dans un article fort remarqué, M.R. Jaume, anciennement directeur à la Direction générale de la Concurrence de la Commission, a exprimé l'avis qu'une interdiction contractuelle d'exporter imposée par le titulaire à ses licenciés, en liaison avec des licences territoriales, ne serait pas interdite par l'article 85 ; en effet, dans un cas de ce genre, la division des marchés résulterait déjà de la simple application simultanée des droits nationaux des brevets et ne constituerait donc pas une restriction supplémentaire de la concurrence.

Il convient de faire observer que, dans sa décision *Davidson Rubber* (1411), tout comme dans ses attestations négatives *Burroughs* (1412), la Commission n'a pris une décision favorable qu'après avoir constaté que chacun des licenciés avait le droit d'exporter les produits sous licence dans tout le Marché Commun. Il paraît permis d'en déduire *a contrario* que la Commission considérerait l'interdiction d'exporter comme susceptible d'être interdite par l'article 85 (1413).

(1410) Ullrich II.
(1411) Précitée.
(1412) Décisions du 22 décembre 1971, *J.O.C.E.*, L 13 du 17 janvier 1972, pp. 50 et 53.
(1413) Voyez en ce sens l'exposé du Directeur-général Schlieder au colloque du Gottlieb-Duttweiler Institut de 1972.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

À notre avis, la position de la Commission sur ce point est justifiée. S'il est exact que l'arrêt *Deutsche Grammophon* visait une situation différente, nous pensons que le principe énoncé par cet arrêt selon lequel les droits nationaux sur la propriété industrielle ne sauraient être invoqués pour faire échec à la réalisation des objectifs du traité, et notamment à la libre circulation des marchandises, est susceptible d'être étendu au cas qui nous occupe. On peut en effet considérer que, dans la mesure où le droit national permettrait au titulaire d'un brevet d'interdire à un de ses licenciés d'effectuer des ventes directes dans le territoire d'un autre licencié, il contreviendrait aux objectifs du traité, de telle sorte que l'action intentée sur la base d'une pareille disposition devrait être rejetée par les tribunaux. Il ne s'agirait pas là d'un pas bien considérable après celui déjà franchi par l'arrêt *Deutsche Grammophon* (1414).

En revanche, je pense que, lorsque le breveté exploite lui-même l'invention dans un État membre et a concédé une licence dans un autre État membre, il doit pouvoir être en mesure de se protéger contre les ventes directes effectuées par ce licencié (1415). Il est en effet généralement admis que le breveté peut limiter la concurrence à laquelle il s'expose en octroyant une licence (1416). Même si l'on devait considérer que l'interdiction d'exportation imposée au licencié constitue une restriction de concurrence susceptible d'être interdite par l'article 85, par. 1er, il me semble qu'elle devrait avoir de bonnes chances de faire l'objet d'une exemption en vertu de l'article 85, par. 3. En effet, on pourrait craindre que le breveté préfère laisser l'invention inexploitée dans les États où il n'est pas en mesure de le faire lui-même plutôt que de concéder des licences qui seraient susceptibles de lui porter préjudice dans les cas où il exploite lui-même. L'interdiction d'exportation devrait dès lors être considérée comme une restriction indispensable à l'amélioration de la production entraînée par la concession de la licence.

Johannes, qui envisage aussi cette question (1417), propose d'admettre que le breveté puisse prescrire les prix minima de vente à respecter par son licencié. Il ne précise pas, cependant, si cette faculté existerait dans le cadre de l'article 85, par. 1er, ou si elle supposerait une exemption en vertu de l'article 85, par. 3.

Selon Johannes, en imposant pareille obligation au licencié, le breveté pourrait se protéger adéquatement contre la concurrence de celui-ci, sans qu'il en résulte une entrave aussi grave à la libre circulation des

(1414) Voyez pour une solution semblable : JOHANNES, p. 78 et suiv.

(1415) Cette situation est rarement envisagée par les auteurs qui ont examiné le problème des ventes directes. JOHANNES (pp. 80 et suiv.) est un des seuls, à notre connaissance, qui y consacre des développements.

(1416) Voyez ALEXANDER II, p. 319 et 324.

(1417) JOHANNES, pp. 80 et suiv.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

produits que si l'on admettait qu'il puisse interdire au licencié d'exporter directement vers son territoire.

Personnellement, je ne suis pas du même avis. Il me semble qu'en prescrivant au licencié des prix minima, le titulaire est en mesure sinon d'interdire l'exportation du moins, de rendre *toute* exportation inintéressante, tandis que s'il interdit les exportations directes sans fixer de prix minima, les importations parallèles de produits vendus par le licencié dans son territoire seront toujours possibles en vertu du principe posé par l'arrêt *Deutsche Grammophon*.

C. CESSIONS DE BREVETS ET DE MARQUES.

Le problème de savoir dans quelle mesure les règles de concurrence du traité limitent les droits que peut acquérir le cessionnaire d'un brevet ou d'une marque est un des plus délicats que soulève la récente jurisprudence de la Cour de Justice. On sait en effet que, dans son arrêt *Sirena* (1418), la Cour a affirmé que l'article 85 est applicable « dès lors que sont empêchées, en invoquant le droit de marque, les importations de produits originaires de différents États membres portant la même marque du fait que leurs titulaires ont acquis cette marque, ou le droit d'en faire usage, en vertu soit d'accords entre eux, soit d'accords conclus avec des tiers. » La Cour n'a apparemment pas considéré qu'il était nécessaire, pour que l'article 85 s'applique, que le droit de marque soit exercé en exécution d'un accord ou d'une pratique concertée ; il suffit que l'exercice ait été rendu *possible* par un accord — un simple accord de cession étant suffisant à cet égard — même si, depuis la cession, il n'existe plus aucun lien entre les parties (1419).

Dans le domaine du droit des brevets, la même thèse a été soutenue par Alexander (1420) et, avec certaines modalités par Johannes.

Il est vrai que, si l'on admet que le cessionnaire d'une marque ou d'un brevet a la faculté de s'opposer aux importations non autorisées de produits provenant directement ou indirectement du cédant, il en résulte que la cession d'un droit de propriété industrielle est susceptible de donner naissance à des obstacles aux échanges qui n'existaient pas auparavant. Il nous paraît toutefois excessif de voir dans une simple cession un « accord ayant pour effet de restreindre la concurrence » au sens de l'article 85, par. 1.

(1418) Arrêt du 18 février 1971, affaire 40/70, *Recueil*, XVII, p. 69.

(1419) La thèse de l'arrêt sur ce point a fait l'objet de nombreuses critiques, cf. notamment WAELBROECK, p. 230 et 231. Elle est défendue par JOHANNES, p. 85 à 89.

(1420) Voyez notamment ALEXANDER, II, p. 194, 195 et 399 ; ALEXANDER, III, p. 148 ; voyez aussi JOHANNES, p. 67 selon qu'il faudrait distinguer, à cet égard, entre ventes directes et importations parallèles. Le cessionnaire conserverait la faculté de s'opposer aux premières, pas aux secondes.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Lorsqu'il n'existe absolument aucun lien entre les deux titulaires de droits de propriété industrielle, on ne voit pas pourquoi l'un ne serait pas autorisé à faire interdire la vente dans son territoire des produits provenant de l'autre. Cette solution n'est pas discutée lorsque les droits en question ont été acquis indépendamment par chacun de leurs titulaires (deux inventions faites indépendamment et pour lesquelles deux brevets distincts ont été déposés ; deux marques créées indépendamment par deux commerçants). On admet généralement qu'il en est de même lorsqu'un des brevets ou une des marques a été acquise par son nouveau titulaire en vertu d'une mesure de droit public (saisie, confiscation ou nationalisation). On ne voit pas pourquoi il en irait différemment dans le cas où le droit a été acquis en vertu d'une cession librement consentie. Le simple fait que le nouveau titulaire tienne son droit de son cocontractant ne suffit pas pour que l'on puisse considérer qu'il existe des liens d'entente ou de concertation entre eux. De même, le simple fait que le transfert du droit se soit réalisé du consentement commun du cédant et du cessionnaire plutôt que par une mesure d'autorité ne saurait justifier un traitement différent.

Sur le plan pratique, il ne paraît pas que les résultats auxquels conduit la jurisprudence Sirena soient nécessairement de nature à favoriser la concurrence. Si l'on admet que le cessionnaire d'une marque doit nécessairement tolérer les importations parallèles provenant du cédant, ceci peut constituer un frein au développement d'améliorations qualitatives des produits en cause. En effet, celui des deux titulaires qui souhaiterait améliorer la qualité de ses produits, quitte à en élever le prix, se verra exposé à subir la concurrence de produits de moindre qualité et de moindre prix provenant du cédant. Dès lors, il sera tenté soit de ne pas améliorer la qualité de ses produits, soit de ne le faire qu'en accord avec le cédant. Dans aucun des deux cas, on ne peut dire que la concurrence y soit gagnante.

C'est pourquoi, à notre avis, il ne saurait être question d'assimiler la simple cession d'un droit de propriété industrielle à un accord restrictif de la concurrence au sens de l'article 85, par. 1er, malgré le fait que, dans certains cas, pareille cession puisse donner naissance à des entraves à la circulation des produits entre États membres (1421). Ainsi que la Cour l'a

(1421) Voyez en ce sens DERINGER II ; WAELBROECK, p. 221 ; DEMARET, p. 577 ; voyez aussi ULLRICH, I, p. 221 selon qui l'arrêt signifierait uniquement que les importations parallèles ne peuvent pas être empêchées lorsque les droits de marque ont été acquis en vertu d'une entente et non d'un simple accord de cession. Si telle devait être l'interprétation de l'arrêt, nous pouvons nous y rallier ; il ne s'agirait en effet que d'une confirmation de la jurisprudence Grundig. Dans un jugement du 24 mai 1973 (*Ing.-Cons.* p. 50), le tribunal de commerce de Courtrai a décidé que le cessionnaire belge de la marque « Advocaat Zwarte Kip » était en droit d'interdire la vente de produits provenant du cédant, une entreprise néerlandaise qui avait conservé la marque néerlandaise identique. Le tribunal relève qu'il existait des différences qualitatives entre les deux produits.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

reconnu dans l'arrêt *Parke, Davis*, aussi longtemps que les règles nationales relatives à la protection de la propriété industrielle n'auront pas fait l'objet d'unification dans le cadre de la Communauté, le caractère national de la protection qu'elles confèrent sera susceptible de créer des obstacles, et à la libre circulation des produits brevetés, et au jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché Commun.

D. LICENCES EXCLUSIVES.

1. Licences exclusives de vente.

Dans sa communication dite « de Noël » relative aux accords de licences de brevets, la Commission a considéré que l'engagement du concédant de n'autoriser personne d'autre à exploiter l'invention et à ne pas l'exploiter lui-même n'était pas, en principe, visée par l'interdiction édictée par l'article 85, par. 1er. Tout en faisant abstraction de la question de savoir si l'engagement du concédant de n'autoriser personne d'autre à exploiter l'invention avait pour objet ou pour effet une restriction de la concurrence, la Commission estimait qu'il n'était pas, dans la situation actuelle de la Communauté, susceptible d'affecter le commerce entre États membres. Quant à l'engagement du concédant de ne pas exploiter lui-même l'invention, la Commission considérait qu'il s'apparentait étroitement à une cession du droit et dès lors ne paraissait pas soulever d'objection (1422).

La Commission réservait toutefois son jugement sur les licences croisées, les communautés de brevets et les licences multiples parallèles (1423).

Dans la communication, la Commission admettait de même que n'est pas interdite par l'article 85 la limitation de la licence à certains modes d'exploitation de l'invention, tels que la fabrication, l'usage ou *la vente* (1424).

Depuis l'entrée en vigueur du Règlement nº 67/67 de la Commission sur l'exemption par catégorie de certains accords d'exclusivité, et surtout depuis l'arrêt *Deutsche Grammophon*, la communication de Noël doit être considérée comme dépassée dans la mesure où il paraît en résulter qu'un brevet a la possibilité de cloisonner le marché au moyen de licences exclusives de vente (1425). En effet, l'article 3 du règlement 67/67 précise que l'exemption cesse de s'appliquer « dès l'instant où les contractants exercent des droits de propriété industrielle en vue de restreindre la possibi-

(1422) *J.O.C.E.*, nº 139, du 24 décembre 1962. Points I E et IV, 5e alinéa.
(1423) Point II.
(1424) Point I A-I.
(1425) Voyez déjà en ce sens ALEXANDER I.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

lité pour les intermédiaires ou les utilisateurs de se procurer les produits visés au contrat auprès d'autres revendeurs dans le Marché Commun ».

Ainsi qu'Alexander l'a fait pertinemment observer, cette disposition n'est guère compatible avec la communication de Noël (1426). Cette évolution a été confirmée par la Cour de Justice dans ses arrêts *Sirena* et *Deutsche Grammophon*. Il en résulte que le licencié exclusif n'est plus en mesure de s'opposer, sans violer le traité, aux importations parallèles de produits qui ont été mis en circulation dans un autre État membre par le titulaire du brevet ou par un autre licencié. Il en résulte une atteinte sérieuse à la faculté de concéder des licences exclusives de vente. Toutefois, il n'en résulte pas que le licencié exclusif soit privé de *toute* protection, puisqu'il est toujours en mesure d'agir ou d'exiger du breveté qu'il agisse, tant contre les actes de contrefaçon commis par les tiers dans son territoire que contre l'importation de produits mis en circulation par des tiers dans un autre État membre, voire même, selon nous, par le titulaire lui-même dans un État membre où les produits ne bénéficient pas d'une protection analogue (situation de type « Parke, Davis »).

2. Licences exclusives de fabrication.

Récemment, la Commission a apporté une nouvelle limitation à la sphère d'application de sa communication du 24 décembre 1962. Dans ses décisions *Burroughs* (1427), elle a considéré qu'une licence exclusive de fabrication pouvait constituer une restriction de concurrence, alors même que la vente des produits sous licence pouvait se faire librement dans tout le Marché Commun. La Commission considère en effet que, si le titulaire d'un brevet s'oblige à limiter l'exploitation de son droit exclusif à une seule entreprise dans un territoire et confère donc à cette entreprise unique le droit d'exploiter l'invention et d'empêcher d'autres entreprises de l'utiliser, il perd la faculté de contracter avec d'autres demandeurs de licences, ce qui dans certains cas, est de nature à faire tomber l'accord de licence sous le coup de l'article 85, par. 1er.

Cependant, dans les décisions en cause, la Commission a considéré que la restriction éventuelle de concurrence résultant de l'exclusivité n'était pas sensible (1428). En effet :

— le licencié ne détenait qu'une faible part du marché des produits en cause ;

(1426) Voyez Alexander I.
(1427) Décisions du 22 décembre 1971, précitées.
(1428) Voyez Jones, pp. 103 et 104.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

— la licence ne portait pas atteinte à la liberté du licencié d'exporter vers les autres États membres et ne le garantissait pas contre les importations éventuelles en provenance d'autres licenciés ;

— les produits brevetés pouvaient être transportés dans des conditions relativement faciles et peu coûteuses.

Dans sa décision *Davidson Rubber* du 9 juin 1972 (1429), la Commission a confirmé sa doctrine. En l'espèce, elle a considéré que la licence exclusive de fabrication conférée par Davidson à ses licenciés dans trois pays du Marché Commun restreignait la concurrence et était susceptible d'affecter le commerce entre États membres, étant donné que les licences concernaient le plus important procédé de fabrication des produits en cause, que le nombre des procédés concurrents comme des fabricants qui les utilisaient était restreint, et que la part du marché des articles en cause détenus par les licenciés était considérable.

Toutefois, la Commission a estimé que les licences en cause pouvaient bénéficier d'une exemption considérant que l'exclusivité accordée aux licenciés était indispensable pour l'amélioration de la production et le progrès économique et technique résultant des accords.

En effet, étant donnée la situation du marché de ces produits au moment où les licences avaient été octroyées, Davidson ne serait pas parvenu à faire appliquer son nouveau procédé par des tiers en Europe si elle n'avait accepté de limiter ses licenciés dans cette partie du monde à un petit nombre d'entreprises en leur donnant l'assurance que, dans les territoires qui leur étaient confiés, elle n'irait pas ensuite les faire concurrencer par de nouveaux licenciés ; au surplus, en l'absence d'une exclusivité, les licenciés n'auraient pas consenti à faire les investissements nécessaires pour développer le procédé et s'adapter aux exigences du marché européen.

À mon avis, la position de la Commission à l'égard des licences exclusives de fabrication soulève certaines hésitations.

En premier lieu, il paraît quelque peu artificiel de voir, comme le fait la Commission, dans la limitation de la liberté d'action du breveté, la raison de l'applicabilité de l'article 85, par. 1er. Certes, pareille limitation est réelle, notamment sur ce qu'on a appelé « le marché des licences » (1430) ; toutefois, il s'agit là d'un phénomène accessoire, l'essentiel de la restriction consistant, comme Ullrich l'a brillamment démontré (1431), dans l'accroissement du pouvoir du licencié sur le marché et dans l'atteinte qui en résulte pour la position concurrentielle des tiers.

(1429) Précité.
(1430) Voyez Koch, pp. 98 et suiv. ; Ulrich, pp. 149 et suiv.
(1431) Voyez en ce sens Ullrich, III, pp. 151 et suiv.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Il y a lieu de reconnaître, en outre, que la thèse de la Commission selon laquelle le caractère exclusif d'une licence de fabrication peut « dans certains cas » constituer une restriction de concurrence interdite, est de nature à donner naissance à de considérables difficultés pratiques d'application. Dans de nombreux cas, en effet, il sera extrêmement difficile pour les parties de déterminer si leur accord tombe sous le coup de l'article 85, par. 1er ou non. La délimitation du « relevant market » est, on le sait, souvent extrêmement difficile à faire avec certitude (1432). En outre, au moment de l'octroi de la licence, la part de marché détenue par le licencié sera généralement nulle ou quasiment, de telle sorte que pour juger de la comptabilité de la licence avec l'article 85, il sera nécessaire aux parties de se fonder sur des projections concernant la production future du licencié, ce qui rendra la réponse extrêmement aléatoire. Si l'on songe que l'interdiction de l'article 85 est sanctionnée par la nullité de plein droit, et que celle-ci frappera généralement non seulement la clause d'exclusivité, mais le contrat de licence dans son entier (l'exclusivité constituant la plupart du temps un élément indispensable en l'absence duquel la licence n'aurait pas été accordée), on se rend compte que les conséquences de la thèse selon laquelle les clauses d'exclusivité de fabrication sont « dans certains cas » de nature à restreindre la concurrence, peuvent être extrêmement graves pour les parties. Il est à espérer que la Commission adoptera sans tarder un règlement d'exemption par catégorie qui introduira dans cette matière le minimum de sécurité indispensable, notamment par la fixation de seuils quantitatifs minima.

Il y a lieu de souligner une dernière conséquence de la thèse de la Commission. Pour être interdite par le traité, il n'est pas nécessaire que l'exclusivité soit contenue dans une clause expresse. Elle peut résulter d'une pratique concertée entre le breveté et le licencié, le premier se refusant à octroyer des licences à d'autres que le second. On peut dès lors imaginer qu'un tiers, désireux d'obtenir une licence, reproche au titulaire de réserver le bénéfice de l'exploitation de l'invention ou du procédé breveté au premier licencié. Il pourra s'ensuivre que le titulaire sera contraint d'accorder une licence. S'il ne le faisait pas lui-même, la Commission pourrait lui ordonner de le faire en vertu de l'article 3 du Règlement nº 17. En effet, dans un pareil cas, l'octroi d'une licence obligatoire serait le moyen le plus approprié pour mettre fin à l'infraction.

On voit ainsi qu'il n'y a qu'un pas entre la thèse actuelle de la Commission et celle qui consiste à lui reconnaître le droit d'octroyer une licence obligatoire en cas d'exploitation jugée insuffisante du brevet par le licencié.

(1432) Voyez par ex. l'arrêt rendu par la Cour de Justice le 21 février 1973 dans l'affaire Continental Can, qui annule la décision de la Commission pour avoir procédé de manière inexacte à la délimitation du marché des produits en cause.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Pour conclure, nous formulerons le vœu que la Commission adopte sans tarder le règlement d'exemption par catégorie dont elle a annoncé la préparation. Pareil règlement pourrait prévoir l'exemption automatique des licences exclusives de fabrication, moyennant simple notification à la Commission. Celle-ci conserverait ainsi le pouvoir d'intervenir à l'encontre des licences qui lui paraissent dangereuses pour la concurrence, et de leur retirer — pour l'avenir seulement — le bénéfice d'exemption. Une telle réglementation, qui substituerait, dans le domaine des contrats de licence, le principe de l'abus au principe de l'interdiction actuellement en vigueur, nous paraîtrait de nature à concilier le besoin légitime de sécurité juridique qu'éprouve l'industrie avec le maintien d'une concurrence efficace.

BIBLIOGRAPHIE.

1. W. Alexander : « Artikel 85 E.E.G. en de octrooirechtelijke exclusieve verkooplicentie », *Nederlands Juristenblad*, 1967, p. 1167 (cité : Alexander I).
2. W. Alexander : *Brevets d'invention et règles de concurrence du Traité C.E.E.*, Bruxelles, 1971 (cité : Alexander II).
3. W. Alexander : « La licence exclusive et les règles de concurrence », *Cahiers de droit européen*, 1973, p. 3 (cité : Alexander IV).
4. W. Alexander : « De economische bepalingen », *Sociaal Economische Wetgeving*, 1972, p. 137 (cité : Alexander III).
5. Commission des Communautés européennes : *Premier rapport sur la politique de concurrence (joint au « Cinquième rapport général sur l'activité des Communautés »)*, Bruxelles-Luxembourg, avril 1972.
6. Commission des Communautés européennes : *Deuxième rapport sur la politique de concurrence (joint au « Sixième rapport général sur l'activité des Communautés »)*, Bruxelles-Luxembourg, avril 1973.
7. L. Defalque : « L'apport de l'arrêt « Deutsche Grammophon » à la jurisprudence communautaire, *L'Ingénieur-Conseil*, 1973, p. 21.
8. P. Demaret : « Circulation des produits et loi uniforme Benelux sur les marques », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1972, p. 523 (cité : Demaret).
9. A. Deringer : « Gewerbliche Schutzrechte und E.W.G.-Vertrag », *Gew. Rechtssch. u. Urh., Ausl. – und Int. Teil*, 1968, p. 105 (cité : Deringer I).
10. A. Deringer : Note sous l'arrêt *Sirena* de la Cour de Justice, *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1971, p. 178 (cité : Deringer II).
11. Gottlieb Duttweiler-Institut, *Lizenzen-Warum und Wie*, Rüschlikon-Zurich, 1972.
12. L.F. Ebb : « Common Market Anticartel Law and Trademark and Patent Licence Agreements », *UCLA Law Review*, 1969, p. 545.
13. R. Jaume : « Accords de licence et règles de concurrence », *Revue du Marché commun*, 1972, p. 674 (cité : Jaume).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

14. H. Johannes : *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Heidelberg, 1973.
15. R.T. Jones : « Fundamentals of International Licensing Agreements and their Application in the European Community », *The International Lawyer*, 1973, p. 78.
16. N. Koch : « Die Bindungswirkung der Exklusivlizenz », *Der Betriebs-Berater*, 1972, p. 97 (cité : Koch).
17. N. Koch et F. Froschmaier : « Patentgesetze und Territorialitätsprinzip im Gemeinsamen Markt », *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands und Internationaler Teil*, 1965, p. 121 (cité : Koch et Froschmaier).
18. V. Korah : « Dividing the Common Market Through National Industrial Property Rights », *Modern Law Review*, 1972, p. 634.
19. G.J. Linssen : « Licenties en concurrentiepolitiek », *Sociaal Economische Wetgeving*, 1972, p. 458.
20. U. Loewenheim : « Marktaufteilung durch Warenzeichen und Artikel 85, 86 E.W.G.-Vertrag, Ueberlegungen zum Sirena-Urteil des Gerichtshofes des Europäischen Gemeinschaften », *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, 1971, p. 260.
21. J. Mertens de Wilmars : « Aspects communautaires du droit des marques », *J.T.*, 1972, p. 705.
22. G. Reinhart : « Patentlizenzverträge in der Entscheidungspraxis der Kommission der Europäischen Gemeinschaften », *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1972, p. 498.
23. W.C. Schlieder : « Die Auswirkungen des E.W.G.-Vertrages auf die Gewerblichen Schutzrechte », *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, 1973, p. 578.
24. G. Schrans : Octrooien en octrooilicenties in het Europees mededingingsrecht, Gand, 1966.
25. H. Schroter : « Zud Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auf dem Gebiet der gewerblichen Schutzrechte », *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 1971, p. 356.
26. Studienvereinigung Kartellrecht e.V., *Gewerbliche Schutzrechte im E.W.G.-Kartellrecht, IV. Kartellrechtsforum Brüssel 1970, Referate und Diskussionen*, Cologne-Berlin-Bonn-Munich, 1970.
27. H. Ullrich : « The Impact of the « Sirena » Decision on National Trademark Rights », *International Review of Industrial Property and Copyright*, 1972, p. 193 (cité : Ullrich I).
28. H. Ullrich : « Patentrechtsschutz aussschliesslicher Lizenznehmer gegen Direktlieferungen innerhalb des Gemeinsamen Marktes », *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, 1973, p. 53 (cité : Ullrich II).
29. H. Ullrich : « Ausschliessliche Patentlizenzen im Gemeinsamen Markt », *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 1973, p. 134 (cité : Ullrich III).
30. M. Waelbroeck, in J. Megret, J.-V. Louis, D. Vignes et M. Waelbroeck, *Le droit de la Communauté Economique Européenne*, t. IV (Concurrence), Bruxelles, 1972 (cité : Waelbroeck).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

31. H.W. Wertheimer : « Der Einfluss der Wettbewerbsvorschriften des E.W.G.-Vertrages auf die gewerblichen Schutzrechte », *Gewerbl. Rechtsssch. u. Urh., Int. Teil*, 1966, p. 312.
32. H. Wertheimer : « Enige PREP-Notities », *Sociaal Economische Wetgeving*, 1971, p. 249.
33. H. Wertheimer : « Annotatie op het D.G.G.-Metro-arrest », *Sociaal Economische Wetgeving*, 1971, p. 659.

* * *

Un autre développement de la jurisprudence me paraissait aller trop loin (1433) : il s'agissait de la règle énoncée par le célèbre — et très critiqué — arrêt *Hag I* du 3 juillet 1974. Cette règle avait pour résultat de priver le titulaire d'une marque du droit de se protéger contre les importations de produits portant la même marque lorsqu'il existait une origine commune entre les deux droits à la marque, et cela même s'il n'existait aucun lien juridique, financier, technique ou économique entre les titulaires. Beaucoup de spécialistes (dont j'étais) craignaient que la Cour ne fasse un pas de plus, renonçant à l'exigence d'origine commune et affirmant la liberté pour tout titulaire de marque de vendre ses produits sous sa marque dans l'ensemble de la Communauté sans devoir tenir compte des droits éventuels de tiers sur des marques identiques ou similaires. C'est donc avec soulagement que j'accueillis l'arrêt *Terrapin-Terranova* du 22 juin 1976 par lequel la Cour refusait d'étendre sa jurisprudence *Hag* aux cas où les deux marques avaient été développées de manière indépendante. Ma joie s'accrut encore lorsque, peu après le 17 octobre 1990, j'appris par un coup de téléphone de mon collègue et ami le juge René Joliet que la Cour avait procédé à un renversement spectaculaire de sa jurisprudence *Hag* (1434).

(1433) Et cela non seulement parce que j'avais été chargé, avec mon confrère Me Antoine Braun, de la défense des intérêts de la société qui invoquait son droit à la marque pour s'opposer aux importations...

(1434) Arrêt du 17 octobre 1990, C-10/89, *Hag-II*, *Rec.*, 1990, p. I-3711.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

« Droit des marques et règles du Traité de Rome : au terme d'une évolution ? », note sous CJCE, 22 juin 1976, aff. 119/75, *Terrapin [Overseas] Ltd c/ Terranova Industrie CA*,
Revue critique de jurisprudence belge,
1977, pp. 219-228.

NOTE.

1. — L'arrêt rendu dans l'affaire *Terrapin-Terranova* est important dans la mesure où, pour la première fois, il donne à la Cour de Justice des Communautés européennes l'occasion de préciser les limites de l'application des règles du Traité de Rome à l'exercice du droit des marques. L'importance de la question tranchée par la Cour est aussi soulignée par le fait que les gouvernements de sept des neuf États membres de la Communauté ont estimé utile d'intervenir dans la procédure, afin de faire part à la Cour de leur avis sur la solution à donner au litige.

La question posée par la Cour suprême d'Allemagne consistait essentiellement à savoir si les dispositions du Traité de Rome interdisent au titulaire d'une marque dans un État membre de s'opposer à l'importation de produits similaires provenant d'une entreprise établie dans un autre État membre et revêtus, dans cet autre État, d'une marque susceptible de prêter à confusion avec la marque protégée dans le premier État membre au profit de l'entreprise qui y est établie, lorsqu'il n'y a pas de lien entre les deux entreprises et que leurs droits nationaux à la marque sont nés séparément et indépendamment l'un de l'autre.

La question ainsi formulée laisse apparaître d'emblée que la juridiction allemande a entendu exclure du champ d'investigation de la Cour de Justice deux hypothèses : d'une part, celle où il existerait des liens entre les entreprises en cause ; d'autre part, celle où les droits de marque de ces entreprises dériveraient d'une origine commune.

C'est en effet que, pour chacune de ces deux hypothèses, la jurisprudence antérieure de la Cour apportait déjà une réponse.

Avant d'examiner les problèmes spécifiques soulevés par l'arrêt annoté, nous rappellerons les solutions qui se dégagent de la jurisprudence antérieure de la Cour de Justice en matière de droit des marques.

La Cour les résume d'ailleurs brièvement à l'attendu n° 6 de son arrêt.

2. — Lorsque les droits de marques sont utilisés pour mettre en œuvre ou pour renforcer une entente de partage de marché, l'article 85 du Traité de Rome, qui interdit tous accords et pratiques concertées ayant pour

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

objet ou pour effet de restreindre la concurrence, peut être appliqué. Ceci résulte des arrêts *Grundig* (1435) et *Sirena* (1436).

Dans l'arrêt *Grundig*, la Cour de Justice a déclaré que l'accord par lequel la société allemande Grundig avait autorisé son distributeur exclusif en France, Consten, à déposer en France sous son propre nom la marque *GINT* constituait une infraction à l'article 85 du Traité. Il existait en l'espèce de nombreuses indications que le dépôt de la marque *GINT* avait été effectué dans le seul but de renforcer la protection territoriale absolue, elle-même contraire au Traité, que les parties avaient entendu conférer à Consten. Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que la Cour ait vu dans l'accord sur la marque *GINT* une infraction au Traité et qu'elle ait laissé entendre qu'on se trouvait en l'espèce devant un cas d'emploi abusif du droit national à la marque (1437).

Dans l'arrêt *Sirena*, la Cour donne une extension beaucoup plus considérable à l'interdiction des ententes édictée par l'article 85. Elle était invitée à dire si cette interdiction s'appliquait aux effets découlant d'un contrat de cession de marque passé antérieurement à l'entrée en vigueur du Traité, de telle sorte que le cessionnaire d'une marque déposée dans un État membre ne puisse faire valoir son droit, afin d'interdire l'importation, en provenance d'autres pays de la Communauté, de produits portant la même marque, apposée avec le consentement du cédant. La Cour commence par affirmer que si « le droit de marque, en tant que statut légal, échappe en soi aux éléments contractuels ou de concertation envisagés par l'article 85, § 1, ... son exercice pourrait tomber sous le coup des prohibitions du traité chaque fois qu'il apparaîtrait comme étant l'objet, le moyen ou la conséquence d'une entente ». Si cet attendu ne fait que préciser, en la généralisant, la solution qui se dégageait de l'arrêt *Grundig*, il n'en est pas de même de la conclusion à laquelle aboutit la Cour : « l'article 85 du Traité est applicable dès lors que sont empêchées, en invoquant le droit de marque, les importations de produits originaires de différents États membres, portant la même marque du fait que leurs titulaires ont acquis cette marque, ou le droit d'en faire usage, en vertu, soit d'accords entre eux, soit d'accords conclus avec des tiers » (1438).

Il paraît en résulter qu'il n'est pas nécessaire, pour être interdit par l'article 85, que l'exercice du droit de marque soit l'exécution d'un accord ou d'une pratique concertée ; il suffit qu'il ait été rendu possible par un accord, même si celui-ci a depuis lors cessé d'être en vigueur.

(1435) 13 juillet 1966, Aff. Jtes 56 et 58/64, *Recueil*, 1966, p. 429 ; *R.C.J.B.*, 1967, p. 180, note G. Schrans.

(1436) 18 février 1971, Aff. 40/70, *Recueil*, 1971, p. 69.

(1437) Voyez *Recueil*, 1966, p. 500.

(1438) *Recueil*, 1971, p. 83.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Dans l'arrêt *EMI c/ CBS* (1439), la Cour a eu l'occasion de préciser la règle posée par l'arrêt *Sirena*. Après avoir rappelé que dans le cas d'ententes « qui ont cessé d'être en vigueur, il suffit, pour que l'article 85 soit applicable, qu'elles poursuivent leurs effets au-delà de la cessation formelle de leur vigueur », elle ajoute « qu'une entente n'est réputée poursuivre ses effets que si le comportement des intéressés laisse implicitement ressortir l'existence des éléments de concertation et de coordination propres à l'entente et aboutit au même résultat que celui visé par l'entente ». « Tel n'est pas le cas », ajoute-t-elle, « lorsque lesdits effets ne dépassent pas ceux attachés sans plus à l'exercice des droits nationaux de marque » (1440).

3. — Il arrive souvent que des sociétés, titulaires d'une marque identique dans des États membres différents, appartiennent au même groupe. Lorsque les liens financiers qui les unissent sont tels qu'elles forment une unité économique à l'intérieur de laquelle elles ne jouissent pas d'une autonomie réelle sur le marché, l'article 85 est inapplicable (1441).

Dans des cas pareils, la Cour a trouvé dans les règles du Traité relatives à la libre circulation des marchandises et plus précisément les articles 30 et 36 (1442), la base juridique lui permettant d'éviter que les titulaires de marques ne se servent de leurs droits dans le but d'entraver le commerce entre États membres. Ainsi, dans l'arrêt *Winthrop* du 31 octobre 1974 (1443), elle affirme que « l'exercice, par le titulaire d'une marque, du droit que lui confère la législation d'un État membre d'interdire la commercialisation, dans cet État, d'un produit commercialisé dans un autre État membre sous cette marque par ce titulaire ou avec son consentement, serait incompatible avec les règles du Traité C.E.E. relatives à la libre circulation des marchandises à l'intérieur du Marché commun » (1444).

Dans l'affaire *Winthrop*, les droits parallèles à la marque en cause étaient détenus en Angleterre et aux Pays-Bas par deux sociétés différentes appartenant à un même groupe d'entreprises. Quoique la Cour de Justice n'ait pas expressément mentionné cette circonstance, on peut considérer que la référence faite dans l'arrêt à la commercialisation

(1439) 15 juin 1976, *Recueil*, 1976, p. 811, 849.

(1440) *Recueil*, 1976, p. 849.

(1441) Cour de Justice, 31 octobre 1974, Aff. 16/74, *Winthrop*, *Recueil*, 1974, p. 1183.

(1442) L'article 30 interdit, dans les relations entre États membres, les restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent. L'article 36 autorise, à titre d'exception, les interdictions ou restrictions d'importation justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale. Il ajoute que ces dérogations ne doivent constituer « ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre États membres ».

(1443) Précité.

(1444) *Recueil*, 1974, p. 1195.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

« par ce titulaire *ou avec son consentement* » comprend l'hypothèse d'une commercialisation effectuée par une société d'un même groupe (1445). C'est d'ailleurs en ce sens que le Hoge Raad des Pays-Bas, qui avait saisi la Cour de Justice en vertu de l'article 177 du Traité, a interprété l'arrêt (1446).

4. — Dans l'arrêt *HAG* (1447) la Cour a décidé que los règles relatives à la libre circulation des marchandises sont applicables, même lorsqu'il n'existe entre les deux titulaires de marques « aucun lien juridique, financier, technique ou économique ». En 1935 la société allemande HAG A.G. avait cédé à sa filiale belge ses marques belges et luxembourgeoises. À la fin de la deuxième guerre mondiale, les actions de la filiale furent mises sous séquestre, puis vendues à un groupe belge indépendant. Par la suite, les marques *HAG* belges et luxembourgeoises furent cédées par la société belge à un autre producteur de café, la société Van Zuylen Frères. La question soumise à la Cour de Justice était de savoir si Van Zuylen pouvait s'opposer à la vente par HAG A.G. de café décaféiné, sous la marque *HAG* au Luxembourg.

Après avoir rappelé les termes des articles 30 et 36 du Traité, la Cour constate « qu'ainsi, de toute manière, l'application de la législation relative à la protection des marques protège le détenteur légitime d'une marque contre la contrefaçon de la part de personnes dépourvues de toute titre juridique ». Néanmoins, l'exercice du droit de marque étant, de l'avis de la Cour, de nature à contribuer au cloisonnement des marchés, « d'autant plus qu'à la différence d'autres droits de propriété industrielle et commerciale il n'est pas sujet à des limitations dans le temps », la Cour conclut que « le fait d'interdire la commercialisation, dans un État membre, d'un produit portant légalement une marque dans un autre État membre, au seul motif qu'une marque identique, ayant la même origine, existe dans le premier État, est incompatible avec les dispositions prévoyant la libre circulation des marchandises à l'intérieur du Marché Commun » (1448).

Il résulte de cet arrêt que chaque fois que le droit invoqué est issu du démembrement d'une marque ayant appartenu originairement à un même titulaire, que ce démembrement soit l'effet d'une cession volontaire ou d'une mesure de contrainte publique, l'action du titulaire se heurte aux prescriptions du traité relatives à la libre circulation des marchandises et doit, pour ce motif, être rejetée par les tribunaux.

(1445) Voyez en ce sens W. Alexander, « Droit communautaire et droit national des marques », *Cah. dr. eur.*, 1976, p. 431, 435.

(1446) Voyez H.R., 21 février 1975, *N.J.*, 1975, n° 457, cité par W. Alexander, *loc. cit.*

(1447) 3 juillet 1974, Aff. 192/73, *Recueil*, 1974, p. 731.

(1448) *Recueil*, 1974, p. 743 et 744.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

L'arrêt *HAG* a fait l'objet de nombreuses critiques, au motif qu'il met en péril la fonction essentielle de la marque, laquelle consiste à permettre aux consommateurs d'identifier les biens sur lesquels elle est apposée et aux producteurs de contrôler les biens qui seront mis dans le commerce sous leur marque (1449).

5. — On pouvait craindre, après l'arrêt *HAG*, que la Cour ne franchisse un pas de plus et ne déclare les règles de libre circulation applicables dans l'hypothèse où des marques identiques ou similaires indépendantes l'une de l'autre depuis l'origine appartiennent à des titulaires établis dans des États membres différents entre lesquels n'existerait aucun lien d'entente ou de concertation. Certains commentateurs de l'arrêt, et notamment le Dr. Johannes, avaient estimé pouvoir aller jusque-là, soulignant l'importance des obstacles à la libre circulation qui résulteraient de la thèse opposée, et l'impossibilité de leur apporter une solution par la voie d'un rapprochement des législations. Ils estimaient que les intérêts légitimes des titulaires de marques identiques ou similaires pouvaient être sauvegardés de manière adéquate par la possibilité d'ajouter à la marque une mention distinctive additionnelle (1450).

Certains éléments de la jurisprudence de la Cour pouvaient paraître aller dans le sens d'une telle interprétation. Ainsi, dans un arrêt du 31 octobre 1974, relatif au droit des brevets (1451), la Cour avait mentionné, parmi les hypothèses où un obstacle à la libre circulation peut se justifier pour des raisons de protection de la propriété industrielle, celle « de l'existence de brevets dont les titulaires originaires

(1449) Voyez, parmi les critiques de l'arrêt *HAG* : F.A. Mann, « Industrial Property and the E.E.C. Treaty », (1975) *I.C.L.Q.* 31 ; J. Kemp, « The Erosion of Trade Mark Rights in Europe », 11 *C.M.L. Rev. 360* (1974) ; H.-G. Koppensteiner, « International Enterprises under the Antitrust Law of the European Economic Community », 9 *J.W.T.L.* 287, 301 (1975) ; M. Ricolfi, note, (1976) *R.I.W.* 158 ; O.F. von Gamm, « Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften auf das Warenzeichenrecht », (1975) *G.R.U.R.-Int. 185* ; W. Mak, « Warenzeichen und der Gemeinsamen Markt », (1975) *G.R.U.R.-Int.* 118 ; A. Kraft, « Die Stellung des Europäischen Gerichtshof zum Warenzeichen im Lichte des HAG-Urteils », (1975) *G.R.U.R.-Int.* 283 ; J. Burst et R. Kovar, « Sur une jurisprudence récente de la Cour de Justice des Communautés européennes on matière de propriété industrielle », (1975) *J.C.P.* (II), 11728 ; F.-K. Beier, Ziele und Leitgedanken des Europäischen Markenrechts », *G.R.U.R.-Int.*, 1976, p. 363, 367 ; M. Waelbroeck, « The Effect of the Rome Treaty on the Exercise of National Industrial Property Rights », *Antitrust Bulletin*, 1976, p. 99, 118.

Approuvent l'arrêt : W. Alexander, « Some Comments on the Café HAG Judgment », *C.M.L. Rev.*, 1974, p. 386 ; H. Ullrich, « Libre circulation des marchandises et droit des marques », *Rev. trim. dr. eur.*, 1975, p. 393 ; F.G. Jacobs, « Industrial Property and the E.E.C. Treaty — A Reply », *I.C.L.Q.*, 1975, p. 643 ; H. Johannes, « Zum Kaffee-HAG-Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften », *G.R.U.R.-Int.*, 1975, p. 11 ; B. Schwab, « Der freie Verkehr von Markenwaren im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften », *G.R.U.R.-Int.*, 1975, p. 173.

(1450) H. Johannes, « Anwendung der Prinzipien des Kaffee-HAG-Urteils auf nichtursprungsgleiche Warenzeichen und auf Freizeichen ? », *R.I.W./A.W.D.*, 1976, p. 10, 17 et 18.

(1451) Aff. 15/74, *Sterling Drug*, *Recueil*, 1974, p. 1163.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

sont juridiquement et économiquement indépendants » (1452). Dans l'arrêt parallèle rendu le même jour en matière de marques (1453), la Cour n'avait pas repris cette exception. On s'était demandé si la Cour n'avait pas entendu signaler par là que, dans l'hypothèse de l'existence de *marques* dont les titulaires originaires sont indépendants, un obstacle à la libre circulation ne se justifie pas.

En outre, la règle édictée par l'arrêt *HAG*, quoique expressément limitée au cas de marques ayant une même origine, paraissait susceptible d'extension aux marques indépendantes, étant donné que la Cour avait relevé qu'il n'existait en l'espèce aucun lien juridique, financier, technique ou économique entre les titulaires actuels. On pouvait en effet, dans ces conditions, estimer que l'exigence d'une origine commune n'était peut-être pas indispensable.

Il est heureux, dès lors, que le *Bundesgerichtshof* ait donné à la Cour de Justice l'occasion de se prononcer sur ce point important.

6. — L'arrêt frappe par le caractère succinct de sa motivation relative à la question principale qui lui était soumise.

Après avoir rappelé, dans le cinquième attendu, les dispositions des articles 30 et 36 et résumé, dans le sixième attendu, les solutions résultant de sa jurisprudence *Grundig*, *Sirena* et *Winthrop*, la Cour se contente d'affirmer la légitimité de l'exercice du droit de marque dans la situation qui lui était soumise. « En effet », affirme-t-elle, « si dans un tel cas le principe de la libre circulation des marchandises devait prévaloir contre la protection accordée par les législations nationales respectives, les droits de propriété industrielle et commerciale seraient atteints dans leur objet spécifique. »

À cette motivation assez sommaire, on peut ajouter que la solution inverse aboutirait à fausser le jeu de la concurrence. En effet, la concurrence implique que le consommateur puisse choisir en connaissance de cause, entre les différents produits qui sont présents sur le marché. Ceci n'est possible que s'il existe des « instruments d'identification » des produits ou services offerts en concurrence sur ce marché, c'est-à-dire des instruments qui permettent au public de reconnaître les produits et d'en attribuer les qualités et les défauts à l'entreprise dont ils proviennent. Pour que la marque puisse jouer son rôle parmi ces instruments d'identification, il est essentiel que la loi garantisse au public que *seuls* les produits provenant du titulaire de la marque sont mis en vente sous celle-ci. Toute atteinte à la fonction distinctive de la

(1452) *Recueil*, 1974, p. 1147.
(1453) Aff. 16/74, *Winthrop*, précité.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

marque trouble le mécanisme de la concurrence et cause préjudice aux consommateurs (1454).

En outre, si l'on avait admis l'application des règles de libre circulation aux marques sans origine commune, il en serait résulté un trouble grave dans le fonctionnement du marché. Ainsi, le titulaire d'une marque peu connue dans un État membre aurait pu tirer profit de la renommée attachée à une marque identique ou similaire appartenant à un concurrent dans un autre État membre, sans que celui-ci puisse s'y opposer, avec tous les risques de confusion du public qui auraient pu s'ensuivre. Bien plus, tout nouveau venu sur le marché aurait pu s'emparer d'une marque déjà déposée pour s'en servir dans un autre État membre, où le premier titulaire aurait omis de la déposer.

Cette hypothèse est loin d'être théorique. On évalue en effet à 80 p.c. le nombre de marques qui sont déposées dans un seul État membre (1455). Seules les très grandes entreprises possèdent des droits de marques dans les neuf États membres. La très grande majorité des petites et moyennes entreprises serait ainsi pratiquement dépourvue de toute protection, puisqu'il suffirait à un concurrent peu scrupuleux de se rendre acquéreur d'un « titre juridique » par dépôt de la marque dans un pays où le signe n'est pas protégé pour envahir ensuite tout le Marché commun et porter ainsi atteinte à la position et à la réputation acquises par la marque dans certains des États membres.

Pour éviter pareilles manœuvres, il serait nécessaire que les titulaires de marques fassent protéger celles-ci dans chacun des neuf États de la Communauté, ce qui entraînerait de lourdes charges que les petites et moyennes entreprises seraient difficilement en mesure de supporter.

7. — On peut se demander s'il est possible de déduire de l'arrêt annoté des conséquences sur le plan de l'application de l'article 85 du Traité. Plus spécialement, peut-on en déduire qu'échappent à cette disposition les accords par lesquels des titulaires de marques ressemblantes dans des États membres différents s'engagent, soit avant la naissance de tout litige, soit pour mettre fin à celui-ci, à ne pas faire usage de leur marque dans le territoire de l'autre ?

Dans sa décision *Sirdar-Phildar* (1456), la Commission a affirmé que, même à supposer que la marque *Sirdar* puisse être confondue avec la marque *Phildar*, un accord par lequel les titulaires de ces deux marques

(1454) A. Vanzetti, « Nature et fonctions juridiques de la marque », *Colloque de l'Union des Fabricants pour la protection internationale de la propriété industrielle et artistique, Paris, 6 et 7 novembre 1975*, p. 19 et suiv.

(1455) F.-K. Beier, *op. cit.*, p. 368.

(1456) Décision du 5 mars 1975, *J.O.C.E.*, L 125 du 16 mai 1975, p. 27.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

s'engageaient à ne pas se servir de leur marque dans le territoire de l'autre, entraînait une répartition territoriale interdite par l'article 85.

Dans ses conclusions présentées dans l'affaire *Terrapin*, M. l'avocat général Mayras estimait qu'on ne saurait trop mettre en garde contre la solution consistant, pour des entreprises utilisant des marques prêtant à confusion, vraie ou imaginaire, pour des produits similaires de s'entendre en se partageant le marché. On risquerait alors, selon lui, d'aboutir à des pratiques contraires non plus à la concurrence loyale, mais à la concurrence tout court (1457).

On peut comprendre le souhait des autorités communautaires d'être informées de transactions de cette nature afin de vérifier l'existence d'un risque réel de confusion et d'éviter que, sous prétexte d'éviter ou de mettre fin à un litige, les parties aboutissent à se répartir les marchés. Toutefois, dans la mesure où les marques en cause sont réellement similaires et où, par conséquent, en vertu de l'arrêt annoté, chaque partie a le droit d'exclure l'autre de son territoire en vertu du droit national, on peut se demander si de tels accords tombent sous l'article 85 et s'ils doivent, en conséquence, être notifiés à la Commission. Certes, le fait qu'un accord se borne à reprendre une interdiction résultant du droit national n'exclut pas qu'il puisse être considéré comme restreignant la concurrence. En effet, en reformulant l'interdiction dans une clause contractuelle expresse, les parties lui donnent une base indépendante et renforcent ainsi l'effet restrictif résultant de la législation nationale. Néanmoins, on peut douter que l'article 85 ait pour objet de protéger une concurrence interdite par le droit national. La référence à la « loyauté dans la concurrence » contenue dans le préambule du traité n'implique-t-elle pas que ses auteurs n'ont pas entendu frapper des accords dont le seul objet est d'interdire des comportements en eux-mêmes contraires au droit national ?

8. — L'affaire soumise à la Cour soulevait une autre question : selon quelles règles, nationales ou communautaires, faut-il apprécier s'il existe, dans un cas donné, un risque de confusion ? En l'espèce, les juridictions allemandes avaient considéré que les marques *Terrapin* et *Terranova* étaient similaires. Cette conclusion peut apparaître étonnante aux juristes formés dans d'autres systèmes, où des critères moins stricts sont appliqués.

Dans ses observations, la Commission s'était demandé si la conception allemande du risque de confusion était bien en accord avec le droit communautaire. Elle avait notamment souligné que la question de savoir si des droits à la marque prêtent à confusion acquiert, à l'échelle commu-

(1457) *Recueil*, 1976, p. 1076.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

nautaire, une dimension nouvelle. Un nombre non négligeable de conflits seraient susceptibles de naître dans un marché commun caractérisé par l'échange de marchandises entre plusieurs États membres et la coexistence de neuf droits des marques différents. En droit communautaire, les principes définissant le risque de confusion devraient être ramenés au strict minimum nécessaire pour garantir la protection des droits de marques nationaux (1458).

La position de la Commission paraît certes justifiée dans son principe. On peut en effet se demander si une restriction d'importation peut être considérée comme « justifiée » en vertu de l'article 36 par la nécessité de protéger le droit à la marque lorsque l'existence du risque de confusion est simplement présumée en raison de la similitude de certains des éléments constitutifs des signes en cause. M. l'avocat général Mayras relevait que les juges ont souvent tendance, en ce domaine, à sous-estimer les capacités de discernement du consommateur (1459). La Cour n'était toutefois pas interrogée à ce sujet par le Bundesgerichtshof. En outre, ce problème n'était pas susceptible d'être résolu dans le cadre de la procédure préjudicielle de l'article 177 du traité. Selon cette procédure la Cour de Justice n'est en effet pas appelée à trancher directement l'espèce qui lui est soumise ; elle n'est saisie que d'une question d'interprétation abstraite, si bien que sa réponse ne peut être que générale. La seule voie permettant de soumettre à la Cour de Justice la question de savoir si la décision d'une juridiction nationale est conforme au traité est la procédure de constatation de manquement de l'article 169. Compte tenu de la lourdeur de cette procédure, on comprend que la Commission ait hésité à y recourir dans la présente affaire.

Dans son Mémorandum sur la création d'une marque communautaire (1460), la Commission propose de rapprocher sur ce point les dispositions nationales dont l'application peut conduire à une protection d'étendue différente d'un État membre à l'autre. On peut espérer que cette voie permettra de fixer des critères plus précis quant à la mesure dans laquelle l'admission du risque de confusion est compatible avec les impératifs du Marché commun.

9. — N'ayant été saisie d'aucune question au sujet de l'appréciation du risque de confusion par les juridictions allemandes en l'espèce, la Cour s'est abstenue de statuer sur ce point. Comme l'y invitait son avocat général, elle a estimé devoir rappeler à la juridiction nationale que les

(1458) *Recueil*, 1976, p. 1057 et 1058. Voyez aussi, au sujet des problèmes auxquels peut donner naissance dans le Marché commun une interprétation trop large du risque de confusion : H. Johannes, « Anwendung der Prinzipien des Kaffee-HAG-Urteils auf nichtursprungsgleiche Warenzeichen und auf Freizeichen », *R.I.W./A.W.D.*, 1976, p. 10 et suiv.

(1459) *Recueil*, 1976, p. 1072.

(1460) *Bulletin des Communautés européennes*, Supplément 8/76, p. 14.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

restrictions justifiées par des raisons de protection du droit des marques ne peuvent constituer un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre États membres. Il convient donc que le juge national vérifie « si les droits en cause sont effectivement exercés par le titulaire avec la même rigueur, quelle que soit l'origine nationale du contrevenant éventuel ».

On a fait valoir que, par cet attendu, la Cour aboutissait à priver le titulaire de la liberté qui lui appartient en droit national, lorsqu'il existe plusieurs contrefacteurs, de choisir celui contre lequel il désire agir (1461). Nous ne pensons pas que cette critique soit justifiée. Il ne s'agit pas en effet d'obliger dans tous les cas le titulaire à agir contre tous les contrefacteurs simultanément. Il se peut qu'il ait des motifs valables de « faire un exemple ». Ce n'est que si le défendeur établit que la vraie raison pour laquelle le titulaire s'en est pris à lui plutôt qu'à d'autres contrevenants éventuels réside dans la volonté d'entraver les échanges intracommunautaires qu'il pourra opposer avec succès le moyen déduit de la discrimination arbitraire.

On a aussi reproché à l'arrêt d'avoir perdu de vue que l'article 30, en condamnant les « mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives », n'interdit que les restrictions imposées par l'autorité publique. Dans la mesure où la législation sur les marques n'établit pas de discrimination entre nationaux et étrangers, elle ne saurait donner lieu à une « discrimination arbitraire » prohibée par l'article 36 (1462). Le fait pour une personne privée d'agir en contrefaçon contre certains contrevenants seulement ne saurait dès lors constituer pareille discrimination arbitraire (1463). Nous pensons qu'il n'est pas certain que la jurisprudence de la Cour de Justice relative à l'exercice des droits de propriété industrielle se fonde nécessairement et exclusivement sur la notion de « mesure d'effet équivalent » utilisée à l'article 30. À notre avis, c'est dans le principe général de l'interdiction des obstacles aux échanges — principe qui trouve une de ses illustrations dans l'interdiction des restrictions quantitatives et des mesures d'effet équivalent énoncées à l'article 30 — qu'il faut trouver le véritable fondement de la jurisprudence de la Cour. Dès lors, même si l'exercice de l'action en contrefaçon ne peut être assimilé à une mesure d'effet équivalent, cela n'empêche qu'il puisse être interdit s'il entraîne une discrimination arbitraire au sens de l'article 36.

Déjà dans son arrêt *Winthrop* du 31 octobre 1974, la Cour affirmait que les interdictions d'importation résultant de la législation nationale relative aux droits de marques n'étaient pas visées par l'article 42, alinéa 2, de l'Acte d'adhésion du Royaume-Uni, du Danemark et de l'Irlande, relatif à la

(1461) F.-K. Beier, article cité, p. 373.
(1462) F.-K. Beier, *ibid.*
(1463) W. Alexander, note sous l'arrêt *Terrapin*, *Cah. dr. eur.*, 1976, p. 431, 446.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

suppression des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation (1464). Il semble donc que la Cour interprète les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises comme imposant directement des obligations aux particuliers, par un raisonnement semblable à celui qui lui a permis, dans l'arrêt *Walrave et Koch* (1465), d'interpréter les articles 59 et suivants sur la libre prestation des services comme s'adressant non seulement aux États membres mais aussi aux particuliers.

En conclusion, nous sommes d'avis que l'arrêt doit être approuvé non seulement en ce qu'il autorise en principe l'exercice de l'action en contrefaçon dans les circonstances de l'espèce, mais aussi en ce qu'il trace les limites en dehors desquelles pareil exercice n'est plus compatible avec les principes du traité.

(1464) *Recueil*, 1974, p. 1166.

(1465) Arrêt du 12 décembre 1974, Aff. 36/74, *Recueil*, 1974, p. 1405 ; *Cah. dr. eur.*, 1976, p. 204, note P. Delannay.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Cloisonnement des marchés par l'exercice de droits de propriété industrielle
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

4. *Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes*

Parmi les problèmes soulevés par le contrôle des concentrations, le régime des entreprises communes a surtout retenu mon intérêt. Dans un cours fait à l'Académie de droit européen à Florence en juin 1991, je montrai d'abord comment la Commission, ne disposant pas à l'origine d'un moyen spécifique de contrôle sur les concentrations, avait donné un champ d'application de plus en plus étendu à l'article 81 C.E. afin de mieux appréhender ce phénomène ; je critiquai ensuite la réticence avec laquelle, nonobstant l'entrée en vigueur du règlement n° 4064/89, elle se résigna à appliquer le règlement sur les concentrations aux entreprises communes.

« Règles de concurrence et concentrations »,
Collected Courses of the Academy of European Law, Volume II, Book 1,
Kluwer Academic publishers,
1992, pp. 202-232.

B. LE RÉGIME APPLICABLE AUX CONCENTRATIONS PARTIELLES

1. Généralités

18. *La notion de concentration partielle.* Il se peut que la concentration ne porte pas sur l'ensemble des activités des parties, mais que celles-ci

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

conservent des activités indépendantes après la réalisation de l'opération. Ainsi en sera-t-il, par exemple, lorsque la cession porte sur une branche d'activité d'une entreprise diversifiée.

Normalement, les problèmes que posent les concentrations partielles au regard du droit de la concurrence ne sont pas différents de ceux résultant d'une concentration totale, si ce n'est que la cession s'accompagne souvent d'obligations contractuelles ayant pour but d'en assurer l'effectivité (engagement de non-concurrence du vendeur, licence de droits de propriété industrielle, contrats d'approvisionnement...). Il y aura lieu d'examiner ces clauses contractuelles en vue de déterminer si elles présentent le caractère de simples restrictions accessoires, échappant à l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1 (1466), ou si, compte tenu de leur nature et de leur durée, elles contreviennent à cette disposition.

L'existence de liens entre les parties peut aussi provenir du fait que le cédant conserve une participation dans le capital et dans la gestion de l'entreprise cédée, celle-ci étant dorénavant soumise au contrôle commun des parties. Le problème sera alors de déterminer si la coopération, nécessaire pour la gestion de l'entreprise commune, est susceptible de relever de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1. Il s'agit d'un problème qui non seulement pose de nombreuses difficultés théoriques, mais qui, en outre, présente une grande importance pour la pratique (1467).

19. *La notion d'entreprise commune.* On entend par entreprise commune toute entreprise soumise à un contrôle exercé en commun par deux ou plusieurs entreprises économiquement indépendantes les unes des autres (1468).

L'entreprise commune peut résulter de la prise de participation par une des parties dans le capital d'une entreprise précédemment entièrement contrôlée par l'autre. Elle peut aussi résulter de l'apport effectué par deux ou plusieurs entreprises de tout ou partie de leurs activités existantes à une filiale créée conjointement. Enfin, l'entreprise commune peut être établie *de novo* en vue d'entreprendre des activités qu'aucune des fondatrices n'exerçait précédemment. Du point de vue du droit de la

(1466) Au sujet des restrictions dites « accessoires » stipulées dans le cas de transfert d'activités, voir la décision *Mécaniver-PPG* du 12 décembre 1984, *J.O.C.E.* L 35/54 du 7 février 1985 ainsi que la communication de la Commission concernant les restrictions accessoires aux concentrations, *J.O.C.E.* C 203/5 du 14 août 1990.

(1467) Si la participation que conserve le cédant n'est pas suffisante pour lui assurer une influence sur la gestion de l'entreprise cédée, normalement aucun problème n'en résultera pour la concurrence entre les parties : décision *Mécaniver-PPG*, *supra* note 56. Voir aussi *infra* point 37.

(1468) Voir en ce sens 4e rapp. concurr., n° 37.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

concurrence, il n'y a pas lieu de distinguer entre ces différents modes de création.

L'entreprise commune consistera souvent en une société indépendante : on parlera alors de « filiale commune ». Toutefois, il existe des cas d'entreprises communes consistant en de simples associations de fait : *partnerships, maatschappen*... (1469)

Pour que l'on puisse parler d'entreprise « commune », il faut qu'au moins deux parents soient en mesure de contrôler sa politique industrielle ou commerciale. Il n'est pas nécessaire que le contrôle porte sur la gestion journalière ; il faut, mais il suffit, qu'un des parents dispose d'un droit de veto sur les décisions importantes de nature industrielle ou commerciale (politique d'investissements, de recherche, niveau de production, politique de distribution, octroi de licences à des tiers, achat de matières premières...). Le fait qu'un des parents puisse s'opposer à l'adoption de décisions susceptibles d'affecter sa position en tant qu'investisseur (décisions en matière d'émission d'actions nouvelles, d'emprunts ou prêts importants, de distribution de dividendes, de modification des statuts...) ne suffit pas pour que l'on considère que ce parent participe au contrôle de l'entreprise en cause (1470).

Il n'est pas nécessaire que chacun des parents possède un même pourcentage de l'entreprise commune. Ainsi, la Commission a considéré qu'une participation de 25 % suffit si l'actionnaire en cause fournit à l'entreprise commune la technologie décisive pour le fonctionnement de celle-ci et qu'il participe à égalité avec l'autre partenaire au comité appelé à donner son approbation sur certaines décisions importantes, dont l'approbation des budgets (1471).

Généralement, les partenaires concluent entre eux un accord destiné à régler l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise commune et notamment le mode de désignation de ses organes, son domaine d'activité, ainsi que les relations entre l'entreprise commune et chacun des partenaires. Toutefois, il n'en est pas nécessairement ainsi : une entreprise commune peut, en dehors de tout accord entre les partenaires, résulter de l'acquisition d'actions en bourse ou auprès des propriétaires précédents, si l'acquéreur obtient par là la possibilité de participer au contrôle, notamment en désignant les membres des organes dirigeants. Une telle situation est toutefois assez rare en pratique.

Une entreprise commune peut aussi exister sans accord formel entre les fondateurs si ceux-ci détiennent chacun la moitié des droits de vote

(1469) Voir, comme exemple, la décision *GEC-Weir Sodium* du 23 novembre 1977, *J.O.C.E.* L 327/26 du 20 décembre 1977.

(1470) Décision *Cekacan* du 15 octobre 1990, *J.O.C.E.* L 299/64 du 30 octobre 1990.

(1471) Décision *Mitchell Cotts/Sofiltra* du 17 décembre 1986, *J.O.C.E.* L 41/31 du 11 février 1987.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

dans la même filiale. En effet, ils devront, même en l'absence d'accord, coopérer de manière à éviter un blocage lors des votes sur les décisions concernant les activités de la filiale commune.

20. *Avantages et inconvénients des entreprises communes pour la concurrence.* Les entreprises communes présentent des avantages non négligeables pour la concurrence. En mettant les parties en mesure de donner une forme institutionnalisée à leur collaboration, elles permettent une meilleure exploitation des synergies résultant d'éventuelles ressources ou connaissances complémentaires. En prévoyant un partage des risques, elles facilitent l'entrée sur des marchés géographiquement distincts ou le développement de produits nouveaux. De même, elles rendent possible l'exploitation d'économies d'échelle par l'utilisation plus rationnelle des capacités de production. Elles peuvent constituer un moyen indispensable pour réaliser la réduction de capacités de production excédentaires. Enfin, elles rendent possible un transfert de technologie plus rapide et plus complet que celui qui se produirait entre entreprises entièrement indépendantes (1472).

Cependant, les filiales communes peuvent aussi présenter des dangers pour le processus concurrentiel, dans la mesure où elles créent des liens permanents de collaboration entre entreprises concurrentes. La coopération au sein d'une entreprise commune peut représenter une alternative attrayante pour des entreprises ne souhaitant pas se livrer une concurrence trop vive. Même en dehors de toute intention anticoncurrentielle, la multiplication des filiales communes dans certaines industries peut entraîner une altération du climat concurrentiel (1473). Ces risques expliquent l'apparent paradoxe qui fait que la Commission applique aux filiales communes un régime plus sévère qu'aux concentrations totales, malgré le fait qu'elles donnent lieu à une modification structurelle moins profonde et durable (1474).

21. *Le problème théorique.* Si l'on comprend les raisons pratiques qui ont amené la Commission à adopter une attitude prudente, voire même soupçonneuse, à l'égard des filiales communes, on ne saurait se dissimuler que, sur le plan théorique, la démarche de la Commission soulève

(1472) Sur les avantages des filiales communes, voir 7e rapp. concurr., nº 150; voir aussi Van Uytvanck, « Problèmes relatifs aux filiales communes », *C.D.E.* (1979) 25 et seq.; Ulmer, « Gemeinschaftsunternehmen im E.G.-Kartellrecht », *W.u.W.* (1979) 433. Ces effets positifs sont reconnus aussi en droit américain: Pitofsky, « Joint Ventures Under the Antitrust Laws: Some Reflections on the Significance of Penn-Olin », 82 *Harv. L. Rev.* (1969) 1007; Brodley, « Joint Ventures and Antitrust Policy », 95 *Harv. L. Rev.* (1982) 1523 de même qu'en droit allemand: G. Wiedemann, *Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht* (1981) 120.

(1473) Verstrynge, « Problèmes relatifs aux filiales communes », *C.D.E.* (1979) 13 à 15.

(1474) Sur la justification du « double standard » appliqué par la Commission aux concentrations totales et partielles, voir Bos et Stuyck, *supra* note 26, 309.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

certaines interrogations dans la mesure où elle assimile à des liens d'entente des phénomènes qui sont la conséquence automatique et inéluctable du changement dans les rapports de propriété résultant de la constitution de l'entreprise commune.

Dans son mémorandum sur le problème de la concentration, la Commission a affirmé que :

Lorsque, après la concentration, on reste en présence d'entreprises économiquement autonomes (par exemple dans le cas de la création d'entreprises communes), il conviendra d'examiner soigneusement s'il n'existe pas entre les entreprises participantes, en plus des modifications de la propriété, des accords ou des pratiques concertées au sens de l'article 85, paragraphe 1.

La difficulté consiste à savoir dans quelle mesure la coopération indispensable pour que les sociétés mères puissent gérer l'entreprise commune constitue l'accessoire de la concentration partielle réalisée au sein de l'entreprise commune ou si elle entraîne une restriction indépendante de la concurrence. Dans le premier cas, on lui appliquera le même régime qu'à la concentration elle-même, alors que, dans le second, on la soumettra à examen séparé au titre de l'article 85. Comme nous le verrons, l'inexistence jusqu'en septembre 1991 d'un contrôle effectif des concentrations a incité la Commission à faire une application extensive de l'article 85 aux filiales communes. Depuis la fin 1991, on constate une tendance à admettre avec plus de facilité que les restrictions auxquelles donne lieu la constitution de filiales communes ont un caractère accessoire par rapport à l'aspect « concentration » et échappent de ce fait à l'article 85.

22. *Les difficultés pratiques.* Outre la difficulté théorique que nous venons de souligner, l'application de l'article 85 aux entreprises communes soulève des problèmes pratiques considérables, dus à la grande variété des situations qui peuvent se présenter.

On peut tout d'abord distinguer selon la nature des tâches confiées à l'entreprise commune. Celle-ci se charge-t-elle de l'achat des matières premières ou ces matières lui sont-elles apportées par chaque parent dans le cadre d'un contrat de travail à façon ? Exerce-t-elle des activités de production ? De recherche ? Se charge-t-elle elle-même de la distribution ou livre-t-elle ses produits aux parents ?

On peut aussi distinguer selon que les rapports entre l'entreprise commune et ses parents sont de nature horizontale, verticale ou conglomérale. Les rapports entre les parents peuvent, eux-mêmes, être de nature différente, ce qui introduit une complication supplémentaire dans l'analyse : la filiale commune pourra, par exemple, se trouver dans un rapport horizontal avec l'un des parents et vertical ou congloméral avec un autre.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Enfin, il faut tenir compte de l'importance économique relative des activités des entreprises communes et de celles des parents : plus les tâches accomplies par la filiale commune présenteront d'importance par rapport aux activités des parents, plus grand sera l'effet probable de leur collaboration sur leurs activités indépendantes.

23. *L'approche de la Commission.* Ce n'est qu'à partir de la fin de 1974 que la Commission a commencé à définir son attitude à l'égard des entreprises communes. Dans un premier temps, elle s'est principalement attachée aux conséquences que la coopération des parents dans le cadre de l'entreprise commune pouvait avoir sur leurs relations futures mutuelles ou avec les tiers. À partir de 1982, le champ de l'examen de la Commission s'élargit et englobe les effets de la création de l'entreprise commune, d'une part, sur les relations entre l'entreprise commune et les parents envisagés individuellement et, d'autre part, sur la concurrence existante entre les parents ou avec les tiers. Enfin, depuis la fin de 1987, la Commission introduit dans l'analyse un nouvel élément consistant à rechercher si la filiale commune constitue une unité économique à part entière capable d'exercer ses activités de manière indépendante.

2. La première phase (1974-1981) : examen des effets sur les activités demeurées indépendantes des parents

24. *Le traitement des « coopérations institutionnalisées ».* Dès la première phase — et son attitude n'a pas varié par la suite quant à cet aspect — la Commission considéra que l'application de l'article 85 était certaine lorsqu'on se trouvait en présence d'organismes communs institutionnalisant une coopération entre les parties dans un domaine déterminé, soit en prenant eux-mêmes une forme relevant du droit des sociétés, soit en instituant une société pour leur exécution (1475). Tel est le cas lorsqu'un certain nombre d'entreprises constituent une société en vue de la prospection en commun des marchés d'exportation (1476), de la recherche à l'étranger de produits à acheter (1477), de la vente en commun de leurs produits (1478) ou de la recherche en commun (1479).

Dans de tels cas, la concentration ne concerne que certaines fonctions d'entreprise (1480) et n'a pas pour effet la création d'une véritable *entre-*

(1475) Voir 4e rapp. concurr., n° 38.

(1476) Décision *Alliance de Constructeurs Français de Machines-Outils* du 17 juillet 1968, *J.O.C.E.* L 201/1 du 12 août 1968.

(1477) Décision *Socemas* du 17 juillet 1968, *J.O.C.E.* L 201/4 du 12 août 1968.

(1478) Décision *Cobelaz* et *CFA* du 6 novembre 1968, *J.O.C.E.* L 276/13, 19 et 29 du 14 novembre 1968, et *Supexie* du 23 décembre 1970, *J.O.C.E.* L 12/10 du 3 janvier 1971.

(1479) Décision *Henkel-Colgate* du 23 décembre 1971, *J.O.C.E.* L 14/14 du 18 janvier 1972.

(1480) C'est ce que les Allemands appellent *Funktionsgemeinschaften*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

prise commune. Si les partenaires sont concurrents, la mise en commun de ces fonctions entraîne inévitablement une restriction de leur capacité de les utiliser pour se faire concurrence. Ainsi, la Commission a considéré, dans le cas d'une filiale de vente en commun établie par trois fabricants d'engrais, que même si ces fabricants n'étaient pas liés par un accord exprès d'exclusivité, on ne pouvait guère s'attendre à ce que, en tant que sociétés mères, ils fassent concurrence à leur filiale commune. Même s'ils décidaient d'agir sur le même marché que celle-ci, ils tiendraient inévitablement compte de la politique de vente arrêtée de commun accord dans le cadre de la filiale commune et ils aligneraient leurs opérations de vente éventuelles sur cette politique décidée en commun (1481).

25. *Les filiales communes à caractère « concentratif ».* À l'autre extrémité du spectre, on trouve les filiales communes dans lesquelles les partenaires regroupent l'ensemble de leurs activités dans un domaine déterminé et ne conservent aucune activité se trouvant en relation horizontale ou verticale avec celles de la filiale commune.

Dans de tels cas, il n'y a pas lieu de craindre que la collaboration entre parties dans le cadre de la filiale commune ne déteigne sur leurs relations concurrentielles, puisque celles-ci ont, par hypothèse, cessé d'exister. Il n'y a pas davantage de risque que cette collaboration avantage les parties dans leurs relations avec les tiers en leur réservant un accès privilégié à une source d'approvisionnement ou à un débouché, puisque, de nouveau par hypothèse, il n'existe aucune relation verticale entre les parents et la filiale commune.

La Commission considère que de telles filiales communes entraînent une « concentration partielle » et échappent, de ce fait, à l'article 85, paragraphe 1. Il en est ainsi non seulement lorsque les deux fondateurs disparaissent complètement et définitivement du secteur d'activité de l'entreprise commune, mais aussi lorsque le retrait ne concerne qu'une des parties (1482). Une telle attitude est justifiée (1483) dans la mesure où l'on estime qu'il ne faut prendre en considération que les effets de l'entreprise commune sur les rapports entre les fondateurs entre eux ou avec les tiers.

26. *Autres filiales communes sans caractère restrictif.* En dehors de toute concentration, qu'elle soit totale ou partielle, des activités des sociétés

(1481) Décision *Floral* du 28 novembre 1979, *J.O.C.E.* L 39/51 du 15 février 1980. Voir aussi la décision *Nederlandse Cement-Handelmaatschappij* du 23 décembre 1971, *J.O.C.E.* L 22/16 du 26 janvier 1972.

(1482) Décision *SHV/Chevron* du 20 décembre 1974, *J.O.C.E.* L 38/14 du 12 février 1975 ; affaire *Kaiser/Estel*, 9e rapp. concurr., n° 131.

(1483) Pour autant qu'il n'existe pas de relation verticale ou de concurrence potentielle entre l'autre partenaire et l'entreprise commune.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

mères, une filiale commune échappera à l'article 85 lorsqu'elle reste étrangère aux domaines d'activités actuelles ou potentielles des sociétés mères. Dans un tel cas, sa création n'a qu'un effet positif, puisqu'elle fait apparaître un nouveau concurrent (1484). Il en va de même lorsque l'entreprise commune regroupe des activités des fondateurs dans un domaine où ils ne sont pas en mesure de pénétrer ou de se maintenir individuellement (1485).

De même, lorsque les activités de la filiale commune se limitent à des formes de coopération entre entreprises qui, par nature, ne sont pas restrictives de concurrence, sa création et son fonctionnement ne seront pas susceptibles de tomber sous le coup de l'article 85, paragraphe 1. Il en est ainsi notamment des filiales communes qui se limitent à offrir des services en matière de fiscalité, de gestion d'entreprise, de recherche d'informations, de garanties de crédit ou d'encaissement, tout comme de celles qui sont chargées d'assurer du point de vue technique ou de l'organisation l'utilisation en commun d'installations de production existantes, de moyens de stockage ou de transport. Échappent aussi à l'interdiction les entreprises communes qui s'occupent de publicité pour le compte des parents ou gèrent pour ceux-ci un système de label de qualité, lorsque la liberté d'action des parents reste intacte et que la position des tiers n'est pas affectée (1486).

27. *Les filiales communes à caractère mixte.* Le problème est plus complexe lorsque l'accord, tout en donnant naissance à une unité économique autonome qui remplit toutes les fonctions d'une entreprise à part entière, laisse subsister une relation de concurrence actuelle ou potentielle entre les entreprises fondatrices ou se trouve en relation verticale avec celles-ci ou l'une d'elles. Dans ce cas, la Commission considère que la coopération entre les entreprises fondatrices dans le cadre de la filiale commune est susceptible d'affecter la concurrence entre elles ou avec les tiers. Même si l'aspect « concentration » est ici plus prononcé que lorsqu'il s'agit de simples coopérations institutionnalisées, la Commission considère que les accords donnant naissance à de telles entreprises communes peuvent tomber sous le coup de l'article 85, paragraphe 1.

(1484) Projet de communication de la Commission relative à l'appréciation des entreprises communes de nature coopérative au titre de l'article 85 du traité C.E.E., document IV/647/91-F, 4. Voir aussi décision *Elopak/Metal Box-Odin* du 13 juillet 1990, *J.O.C.E.* L 209/15 du 8 août 1990.

(1485) Décision *Konsortium ECR 900* du 27 juillet 1990, *J.O.C.E.* L 228/31 du 22 août 1990.

(1486) Projet de communication sur les entreprises communes coopératives, *supra* note 74, 8 et 9.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La pratique de la Commission permet de distinguer les cas suivants :

a) Entreprises communes exerçant leurs activités dans le même domaine que les parents

La Commission considère que l'exercice du contrôle en commun entraîne inévitablement des répercussions sur la concurrence entre les entreprises mères dans la mesure où celles-ci tiendront nécessairement compte, dans l'élaboration de leurs politiques commerciales propres, des décisions adoptées et des informations obtenues dans le cadre de la gestion de l'entreprise commune. C'est ce que la Commission a appelé, dans le cadre du traité C.E.C.A., « l'effet de groupe » (1487). La Commission est généralement peu encline à exempter de telles entreprises communes en application de l'article 85, paragraphe 3 (1488).

b) Entreprises communes exerçant leurs activités dans un domaine où les sociétés mères seraient capables d'entrer individuellement

Lorsque les sociétés mères, sans être présentes dans le domaine d'activité de l'entreprise commune, seraient capables d'y pénétrer individuellement, la Commission considère que la création de l'entreprise commune a pour conséquence d'empêcher la concurrence potentielle (1489). Toutefois, dans la mesure où elle admet que la coopération entre les parties au sein de l'entreprise commune entraîne des avantages économiques — notamment en permettant une pénétration plus rapide ou plus efficace sur un marché nouveau — elle est disposée à accorder une exemption en vertu de l'article 85, paragraphe 3.

c) Entreprises communes exerçant leurs activités dans un domaine voisin de celui où opèrent les sociétés mères

Lorsque l'entreprise commune exerce ses activités dans un domaine proche de celui où opèrent les sociétés mères, la Commission considère

(1487) C'est à l'occasion de la fondation de l'entreprise commune Sidmar que la Haute Autorité a, pour la première fois, eu recours à la notion d'« effet de groupe » pour caractériser les conséquences résultant nécessairement pour les entreprises fondatrices de leur collaboration dans le cadre d'une entreprise commune. Toutefois, cet « effet de groupe » n'était pas apprécié en fonction des règles relatives à l'interdiction des ententes (article 65 du traité C.E.C.A.), mais bien en fonction des règles relatives au contrôle des concentrations (article 66 du traité C.E.C.A.). Voir 11e rapport général de la Haute Autorité, nos 346 à 351 ; MATTHIES, « Gemeinschaftsunternehmen in der Montanunion », in *Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung*, *Festschrift für Frans Böhm* (1965) 319 et seq.

(1488) Pour un exemple, voir l'affaire *TWIL/Bridon*, 19e rapp. concurr, no 64.

(1489) Voir décision *KEWA* du 23 décembre 1975, *J.O.C.E.* L 51/15 du 26 février 1976 ; décisions *Vacuum Interrupters* du 20 janvier 1977, *J.O.C.E.* L 48/32 du 19 février 1977 et du 11 décembre 1980, *J.O.C.E.* L 383/1 du 31 décembre 1980 ; décisions *De Laval-Stork* du 25 juillet 1977, *J.O.C.E.* L 215/11 du 23 août 1977 et du 22 décembre 1987, *J.O.C.E.* L 59/32 du 4 mars 1988 ; décision *GEC/Weir Sodium* du 23 novembre 1977, *J.O.C.E.* L 327/26 du 20 décembre 1977 ; décision *Rockwell/Iveco* du 14 juillet 1983, *J.O.C.E.* L 224/19 du 17 août 1983 ; décision *Carbon Gas Technology* du 8 décembre 1983, *J.O.C.E.* L 376/17 du 31 décembre 1983.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

que ces dernières peuvent être « incitées » à étendre le champ de leur collaboration à ces autres domaines (1490). Un tel risque suffit pour que la Commission estime l'article 85, paragraphe 1, applicable même si, dans la plupart des cas, elle accorde une exemption. Il s'agit là d'une extension de la notion d'« effet de groupe ».

d) Entreprises communes exerçant leurs activités en amont ou en aval des sociétés mères

Lorsqu'il existe une relation verticale entre le domaine d'activité de l'entreprise commune et ceux où opèrent les sociétés mères, la Commission estime que la concurrence peut être restreinte de deux manières : d'une part, du fait que les sociétés mères ont le même fournisseur ou le même débouché risque de résulter une coordination de leurs activités ; d'autre part, l'existence de liens d'intégration entre les sociétés mères et leur fournisseur ou débouché risque de les privilégier par rapport aux entreprises tierces ne bénéficiant pas d'une telle intégration (1491). La Commission adopte une attitude restrictive à l'égard de ces filiales communes (1492).

Si l'entreprise commune fabrique des avant-produits ou des produits intermédiaires qu'elle livre à ses parents, la restriction de concurrence entre ces derniers est d'autant plus probable que l'importance de l'avant-produit ou du produit intermédiaire dans la fabrication du produit fini est grande. Ainsi, si la part de l'avant-produit ou du produit intermédiaire dans le coût du produit fini représente une fraction importante du coût total, la concurrence de prix entre les fondateurs ne peut jouer qu'un rôle limité. Lorsque l'entreprise commune fabrique l'ensemble du produit qu'elle livre aux fondateurs en vue de la revente, la marge concurrentielle des fondateurs est d'autant plus réduite. La Commission considère que la concurrence entre eux est restreinte au sens de l'article 85, paragraphe 1, même s'ils écoulent les produits de l'entreprise commune sous des marques différentes (1493).

(1490) Décision *GEC/Weir Sodium* précitée, *supra* note 59.

(1491) Voir notamment la décision *Wano Schwarzpulver* du 20 octobre 1978, *J.O.C.E.* L 322/26 du 16 novembre 1978 ; l'affaire *ICI/Montedison*, *Bull. C.E.* du 7 août 1977, n° 2.1.30 ; décision *Eirpage* du 18 octobre 1991, *J.O.C.E.* L 306/22 du 7 novembre 1991 ; voir aussi, dans le domaine d'application des règles C.E.C.A., la décision *Redland-AAH Holdings – British Coal Corporation* du 9 juillet 1987, *J.O.C.E.* L 224/16 du 12 août 1987.

(1492) Ainsi, dans l'affaire *Wano Schwarzpulver*, la Commission a-t-elle interdit la création de la filiale commune. Dans les affaires *ICI/Montedison*, *Eirpage* et *Redland-AAH Holdings-British Coal Corporation*, la Commission a subordonné l'exemption à des conditions assez sévères.

(1493) Projet de communication sur les entreprises communes coopératives, précité, 11 et 12. Voir aussi la décision *Olivetti c. Canon* du 22 décembre 1987, *J.O.C.E.* L 52/51 du 26 février 1988.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

28. *Critique de la position de la Commission.* La position de la Commission décrite ci-dessus peut être critiquée à plus d'un titre. En premier lieu, le recours à la notion de « concentration partielle » pour faire échapper certaines entreprises communes à l'article 85, paragraphe 1, perd de vue que toute entreprise commune, quelle qu'elle soit, entraîne une concentration partielle des activités des entreprises fondatrices. La véritable question est de déterminer si l'aspect « concentration » est prépondérant, au point que les éventuelles restrictions de concurrence qui en sont la conséquence obligée peuvent être considérées comme simplement accessoires — et échapper de ce fait à l'article 85, paragraphe 1 — ou si l'aspect principal de l'accord consiste en l'établissement d'une coopération entre les parties quant à leurs activités indépendantes. Le simple fait que les parents exercent leurs activités dans un domaine voisin de l'entreprise commune et qu'il existe une concurrence potentielle entre eux et l'entreprise commune ne devrait pas suffire pour qu'on doive considérer celle-ci comme résultant d'un accord interdit.

Les inconvénients pratiques dérivant de la position de la Commission ont été aggravés par l'interprétation extensive donnée pendant cette première phase à la notion de concurrence potentielle. Ainsi la Commission est-elle allée jusqu'à considérer que le simple fait que les parties possèdent la technologie suffisante ou qu'elles « auraient pu être tentées d'étendre leur production » au domaine réservé à l'entreprise commune suffisait pour établir une relation de concurrence potentielle (1494).

En outre, regarder la disparition de la concurrence potentielle comme une restriction de concurrence visée par l'article 85, paragraphe 1, n'est guère compatible avec la thèse selon laquelle les concentrations échappent à cette disposition. En effet, la disparition de la concurrence potentielle est l'effet de la concentration des activités des parties au sein de l'entreprise commune et non d'un accord qui puisse être séparé de celle-ci (1495).

En donnant une application aussi étendue à l'article 85, paragraphe 1, la Commission a jeté le doute sur la validité juridique d'un grand nombre d'opérations dont elle admet en définitive le caractère pro-concurrentiel lorsqu'elle les examine au titre de l'article 85, paragraphe 3. Une telle démarche aboutit, d'une part, à imposer aux services de la Commission, déjà surchargés, la tâche d'examiner un grand nombre de cas ne présentant pas de danger sérieux pour la concurrence et, d'autre part, à obliger

(1494) Voir les décisions *KEWA* et *Vacuum Interrupters*, *supra* note 79.

(1495) Voir Frignani, « Concentrazioni e joint ventures nella C.E.E. : recenti sviluppi e prospettive », extrait de *Il Foro Padano*, n°s 1 à 4 (1980) 18 et 19 ; Lutz, « Gemeinschaftsunternehmen im E.G.-Kartellrecht », *R.I.W.* (1980) 251 et 252.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

les entreprises à une longue attente avant de pouvoir obtenir l'assurance qu'elles opèrent légalement (1496).

3. La deuxième phase (1982-1987) : prise en considération d'autres effets de l'entreprise commune sur la concurrence

29. *Les effets sur les relations entre l'entreprise commune et l'un des parents : l'affaire Philip Morris.* Dans cette affaire (1497), la Commission a considéré que les accords de 1981 par lesquels Philip Morris acquérait de Rembrandt Group une participation de 50 % dans la holding qui contrôlait Rothmans International, Rembrandt Group continuant à détenir les 50 % restants, étaient contraires à l'article 85, paragraphe 1. Cette position ne se fondait pas sur l'existence d'une concurrence potentielle entre Philip Morris et Rembrandt Group qui aurait pu être restreinte par l'exercice de leur contrôle commun sur Rothmans International, mais sur la coordination de comportement entre Philip Morris et Rothmans International qui, selon la Commission, résulterait de ces accords. La Commission n'a donc pas pris en considération les effets de l'accord sur les relations mutuelles des parties, mais bien ses effets sur les relations entre Philip Morris et l'entreprise — Rothmans International — sur laquelle Philip Morris acquérait un contrôle conjoint. Ce faisant, la Commission se départissait de la position adoptée dans les affaires *SHV/Chevron* et *Kaiser/Estel* (1498). En effet, elle ne considérait plus que la question décisive était « de savoir si la coopération dans le cadre de l'entreprise commune a pour objet ou pour effet de limiter sensiblement la concurrence entre les fondateurs ou entre ceux-ci et d'autres entreprises » (1499), mais bien de savoir si cette coopération limite sensiblement la concurrence entre l'un des fondateurs et l'entreprise commune (1500).

30. *Les effets sur les relations entre l'entreprise commune et l'un des parents : l'affaire Mitchell Cotts/Sofiltra.* Quatre années plus tard, dans

(1496) Parmi les critiques de la politique de la Commission concernant les filiales communes, voir, outre celles citées précédemment, STEINDORFF, « Zur Anwendbarkeit des Art. 85 Abs. 1 E.W.G. Vertrag auf Gemeinschaftsunternehmen in der E.G. Praxis », *Betriebs-Berater* (1977) 1613, 1616 et 1617 ; DEFALQUE, « Filiales communes et droit de la concurrence », *C.D.E.* (1978) 59 ; VAN UYTVANCK, *supra* note 62, *ibid.*, 25 ; ULMER, « Gemeinschaftsunternehmen im E.G. Kartellrecht », *W.u.W.* (1979) 433, 438 ; MACIVER, « E.E.C. Competition Policy in High Technology Industries », 1985 *Fordham Corporate Law Institute*, New York, 1986, 521 ; KORAH, « E.E.C. Competition Policy — Legal Form or Economic Efficiency », *Current Legal Problems* (1986) 85, 91 et seq. ; WAELBROECK, « Economic Analysis Under Article 85 § 1 and Article 85 § 3 », 1987 *Fordham Corporate Law Institute*, New York, 1988, 653.

(1497) Voir *supra* point 12 et *infra* point 37.

(1498) Voir *supra* point 25.

(1499) Voir en ce sens 6e rapp. concurr., nº 55.

(1500) La Commission n'adopta pas de décision formelle à ce stade, les parties ayant convenu de modifier leurs accords afin de les rendre compatibles avec ses vues.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

sa décision *Mitchell Cotts/Sofiltra* du 17 décembre 1986, la Commission adoptait la même position, considérant que l'article 85 était applicable du fait que l'accord restreignait la concurrence entre une des sociétés mères et la filiale commune. Or, les parents n'étaient concurrents ni actuels ni potentiels et l'accord n'entraînait aucun risque d'exclusion pour les tiers. La Commission affirma explicitement qu'il y avait lieu de considérer que Sofiltra et l'entreprise commune étaient des concurrents et que les restrictions territoriales convenues entre elles devaient être analysées au titre de l'article 85, paragraphe 1.

31. *L'élimination de la concurrence entre les parents : l'affaire Amersham/Buchler.* Dans une décision passée relativement inaperçue (1501), la Commission appliqua l'article 85 à un accord par lequel une des parties, Buchler, transférait l'ensemble de sa division de produits radioactifs à une entreprise contrôlée en commun par elle et Amersham, autre producteur de produits radioactifs. La Commission se contenta d'affirmer que l'accord restreignait la concurrence entre parties dans le domaine de la production de matériaux radioactifs, même si elle ajoutait que cette restriction, quoique « sensible », n'était pas « très grave ».

Encore une fois, cette décision marque une évolution par rapport à la position antérieure de la Commission selon laquelle l'application de l'article 85 à un accord créant une entreprise commune « présuppose qu'après cette création, les fondateurs de l'entreprise commune demeurent au moins des concurrents potentiels » (1502). Or, en l'espèce, Buchler cessait d'exister en tant que concurrent actuel ou potentiel.

32. *L'effet de réseau : l'affaire Fibres optiques.* Par décision du 14 juillet 1986 (1503), la Commission considéra que les accords par lesquels la société américaine Corning Glass Works avait créé des filiales communes, d'une part, avec Siemens en Allemagne et, d'autre part, avec BICC au Royaume-Uni, contrevenaient à l'article 85, paragraphe 1. La Commission considéra que l'apport financier de Corning aux filiales communes, son pouvoir de nommer des représentants à des postes techniques et financiers importants ainsi que le fait qu'elle détenait la technologie utilisée assuraient à Corning une position lui permettant d'influencer et de coordonner la conduite des entreprises communes, restreignant ainsi la concurrence entre celles-ci. La Commission releva expressément l'absence de concurrence potentielle entre Corning, d'une part, et Siemens et BICC, de l'autre.

(1501) Décision *Amersham/Buchler* du 29 octobre 1982, *J.O.C.E.* L 314/34 du 10 novembre 1982.

(1502) 6e rapp. concurr., n° 55.

(1503) *J.O.C.E.* L 236/30 du 22 août 1986.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Encore une fois, ce ne sont pas les relations entre les sociétés mères qui ont été prises en considération, mais bien l'effet que la participation d'une société mère à un réseau d'entreprises communes pouvait avoir sur les relations entre les entreprises communes.

33. *Critique.* Il ne se justifie pas d'appliquer l'article 85 aux relations entre une société mère et sa filiale (1504). Le fait qu'une société mère partage le contrôle de sa filiale avec une autre ne justifie pas une solution différente du moment que l'autre société mère n'est pas sa concurrente et qu'il n'existe aucun rapport vertical entre elles. En effet, ce n'est que dans cette hypothèse que l'existence de la filiale commune pourra affecter les relations concurrentielles entre les sociétés mères ou à l'égard des tiers. Condamner comme contraire à l'article 85 un accord au motif qu'il restreint la concurrence entre une des sociétés mères et la filiale signifie que l'on considère que le Traité a pour objet de protéger la concurrence entre société mère et filiale. Or, en raison du contrôle qu'elle exerce sur la filiale, la société mère est en toute hypothèse en mesure de restreindre cette concurrence. La thèse de la Commission est donc contraire tant aux réalités économiques (1505) qu'à la jurisprudence de la Cour (1506) selon laquelle les rapports entre une société mère et sa filiale échappent à l'article 85. La position de la Commission à l'égard des accords de 1981 entre Philip Morris et Rembrandt Group, de même que celle prise dans l'affaire *Mitchell Cotts/Sofiltra*, nous paraît dès lors critiquable.

De même, considérer, comme la Commission l'a fait dans l'affaire *Amersham/Buchler*, qu'est contraire à l'article 85 l'élimination de la concurrence résultant de l'apport par une des sociétés mères à l'entreprise commune de l'ensemble de ses activités dans un secteur est incompatible avec la thèse selon laquelle les concentrations échappent à l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1. Il n'y a aucune raison de traiter différemment l'accord par lequel une entreprise cède à un concurrent l'ensemble de ses activités dans un secteur contre espèces et celui par lequel elle cède ces activités au même concurrent (ou à une filiale de celui-ci) en échange d'actions, du moment qu'il ne subsiste entre les

(1504) En effet, dans la mesure où la société mère contrôle la filiale, il n'existe entre les deux aucune virtualité de concurrence en l'absence de toute possibilité de volonté indépendante de la filiale : voir arrêt du 12 juillet 1984, *Hydrotherm c. Compact*, affaire 170/83, *Recueil*, *Rec.* 2999, attendu 11.

(1505) Le fait qu'une entreprise commune n'est pas en mesure de faire concurrence à ses sociétés mères vu l'absence de toute indépendance économique a été reconnu par d'éminents fonctionnaires de la Direction générale de la Concurrence : Ritter et Overbury, « An Attempt at a Practical Approach to Joint Ventures Under E.E.C. Rules of Competition », *CML Rev.* (1977) 601, 613 ; Verstrynge, *supra* note 63, *ibid.*, 13, 21. Voir aussi Bos et Stuyck, *supra* note 26, *ibid.*, 301, 311 et 312.

(1506) Arrêt du 31 octobre 1974, *Centrafarm c. Sterling Drug*, affaire 15/74, *Rec.* 1147, attendu 41.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

parties aucun rapport horizontal ou vertical après l'exécution de l'opération. En soi, le fait que le contrôle ne soit pas exclusif est sans pertinence au regard du droit de la concurrence. Ce n'est que si l'entreprise avec laquelle la première partage le contrôle exerce ses activités sur le même marché ou sur un marché en aval ou en amont de celui sur lequel la première est active qu'il existe un risque de coordination du comportement des parties ou de création d'une position privilégiée par rapport aux tiers.

La position de la Commission dans l'affaire *Fibres optiques* s'expose, elle aussi, à la critique dans la mesure où elle considère que l'exercice par Corning du contrôle que sa participation au capital des filiales communes lui permettait d'exercer sur elles était susceptible d'enfreindre l'article 85, paragraphe 1. En considérant les entreprises communes comme des concurrentes et en interdisant à Corning d'exercer sur elles son contrôle, la position de la Commission soulève les mêmes critiques que celles évoquées à l'égard des affaires *Philip Morris* et *Mitchell Cotts/Sofiltra*. La décision *Fibres optiques* aurait été mieux motivée si la Commission avait considéré que la position centrale de Corning pouvait faciliter la transmission d'informations et la coordination du comportement des partenaires respectifs de Corning, à savoir Siemens et BICC, ceux-ci étant concurrents l'un de l'autre (1507).

4. La troisième phase (1988-1990) : l'exigence d'une entité économique autonome

34. *Les affaires Enichem/ICI et Iveco/Ford.* Dans deux décisions datant de la fin de 1987, la Commission a justifié l'application de l'article 85, paragraphe 1, non seulement par la relation de concurrence potentielle qui subsistait entre les parents, mais aussi par le fait que l'entreprise commune ne constituait pas une entité économique autonome. Ainsi, dans la décision *Enichem c. ICI* du 22 décembre 1987, elle a considéré que l'on ne se trouvait pas en présence d'une concentration partielle, vu l'absence de transfert d'actifs à l'entreprise commune et la nécessité pour celle-ci d'obtenir les matières premières et les services nécessaires à ses activités auprès des sociétés mères (1508). De même, dans la décision *Iveco c. Ford* du 20 juillet 1988, le fait que Ford UK renonçait à la production de véhicules industriels et utilitaires en Europe n'a pas été jugé suffisant pour que l'accord par lequel cette société cédait ces acti-

(1507) C'est par l'existence d'un risque de coordination entre partenaires concurrents que, dans son projet de communication sur les entreprises communes coopératives (*supra* note 74, 14) la Commission justifie l'applicabilité de l'article 85 § 1 aux réseaux d'entreprises communes créés par une même entreprise et pour un même marché avec une série de partenaires différents.

(1508) *J.O.C.E.* L 50/18 du 24 février 1987.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

vités à une entreprise détenue en commun avec Iveco, important producteur concurrent, échappe à l'article 85, paragraphe 1. D'une part, le groupe Ford continuait à produire des véhicules industriels et utilitaires aux États-Unis et, d'autre part, l'entreprise commune ne pouvait pas être considérée comme « un nouveau concurrent indépendant », mais continuait, selon la Commission, à être soumise au contrôle et à l'influence de chacune des sociétés mères et notamment de Ford UK (1509).

35. *Critique.* L'exigence que l'entreprise commune constitue une entité économique autonome est sans pertinence lorsqu'il s'agit d'apprécier les effets de la création de l'entreprise commune sur la concurrence. Ce n'est pas parce que l'entreprise commune dispose de son propre personnel, de ses propres moyens de production et de ses propres matières premières qu'elle peut échapper à l'application de l'article 85, paragraphe 1. Ce qui importe, c'est qu'elle n'affecte pas la concurrence entre les parties ou entre celles-ci et les tiers.

Par ailleurs, la notion selon laquelle il faudrait que les parties ne soient pas en mesure d'exercer leur contrôle sur le comportement commercial de l'entreprise commune aboutit à nier qu'une entreprise commune puisse jamais échapper à l'article 85, paragraphe 1, puisque, par définition, l'entreprise commune est celle qui est soumise au contrôle commun de deux ou plusieurs autres entreprises.

C. AUTRES SITUATIONS INTERMÉDIAIRES

36. *Introduction.* Outre les entreprises communes, il existe de nombreuses situations dans lesquelles le choix entre l'application de l'article 85 et celle de l'article 86 peut s'avérer délicat. Il en est notamment ainsi des prises de participation minoritaire, des participations croisées et des unions personnelles entre dirigeants.

37. *Les prises de participation minoritaire.* L'acquisition d'une participation minoritaire dans une autre entreprise peut équivaloir à une concentration si, en raison de la dispersion du capital, l'acquéreur est en mesure d'exercer un contrôle effectif sur l'entreprise et de nommer ses représentants dans les organes dirigeants de celle-ci. En pareille hypothèse, la Commission considère que la prise de participation échappe à l'article 85 et que sa compatibilité avec le Traité ne peut être examinée qu'à la lumière de l'article 86.

Le cas des prises de participation n'aboutissant pas au contrôle est resté discuté jusqu'à l'arrêt *Philip Morris*. D'une part, on soutenait que ces prises de participation diminuent l'intensité de la concurrence, l'ac-

(1509) *J.O.C.E.* L 230/39 du 19 août 1988.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

quéreur n'ayant guère d'incitation à faire concurrence à une entreprise dans laquelle il investit, alors que celle-ci, de son côté, hésitera à mener la vie trop dure à un de ses principaux actionnaires (1510). D'autre part, il semblait difficile d'appréhender de telles conséquences en vertu de l'article 85, paragraphe 1, dans la mesure où elles se rattachent indissolublement au transfert de la propriété des actions et que celui-ci n'est pas considéré en tant que tel comme susceptible d'être interdit par l'article 85, paragraphe 1.

Dans l'arrêt *Philip Morris* du 17 novembre 1987, la Cour a considéré, comme nous l'avons vu, que le fait pour une entreprise de prendre une participation dans le capital d'une entreprise concurrente « ne constitue pas en soi un comportement restrictif de concurrence ». Elle ajouta cependant qu'il en va autrement si la prise de participation constitue « un moyen apte à influencer sur le comportement commercial des entreprises en cause, de manière à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence sur le marché » (1511).

Il semble en résulter que la prise de participation contrevient par elle-même à l'article 85 si elle permet d'influencer le comportement commercial des entreprises en cause, sans qu'il soit nécessaire d'établir qu'elle constitue l'exécution d'un accord ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence. Nous pensons toutefois que la Cour n'irait pas jusqu'à considérer qu'une acquisition d'actions réalisée en dehors de tout accord entre les entreprises intéressées — par exemple par achat en bourse ou à la suite d'une offre publique hostile — tomberait sous le coup de l'article 85, paragraphe 1.

Depuis l'arrêt *Philip Morris*, la Commission est intervenue à plusieurs reprises pour s'opposer à des acquisitions de participations minoritaires par une entreprise dans le capital d'un concurrent, lorsqu'une telle acquisition lui paraissait de nature à restreindre de manière sensible la concurrence entre les parties (1512).

38. *Les participations croisées.* Des effets restrictifs plus importants peuvent apparaître lorsque des entreprises concurrentes acquièrent réciproquement des participations minoritaires dans le capital les unes des autres. De telles participations croisées, surtout lorsqu'elles sont combinées avec une représentation dans les organes de gestion des parte-

(1510) Voir Temple Lang, « Joint Ventures Under the E.E.C. Treaty Rules on Competition », *The Irish Jurist* (1977) 15, 32.

(1511) Voir *supra* point 12.

(1512) Voir l'affaire *Hudsons Bay and Annings Ltd/Dansk Pelsdyravlerforening*, 19e rapp. concurr., nº 42 et l'affaire *Stena/Houlder Offshore*, *ibid.*, nº 70. En revanche, lorsque la participation minoritaire est peu importante et qu'elle n'a qu'un caractère transitoire dans la perspective d'un désengagement total, la Commission est disposée à la considérer comme admissible : affaire *Mécaniver-PPG*, *supra* note 56.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

naires, sont de nature à créer des possibilités d'information mutuelle et d'influence réciproque. Elles rendent possible une coordination du comportement des parties en cause sur le marché (1513). Un jugement analogue doit être porté sur les opérations par lesquelles plusieurs entreprises concurrentes prennent des participations minoritaires dans le capital d'un tiers concurrent, qui ne leur confèrent pas le contrôle en commun de ce dernier, mais leur assurent des possibilités de concertation ou d'alignement de leurs comportements concurrentiels (1514).

39. *Les échanges d'administrateurs.* Lorsque deux entreprises concurrentes conviennent que chacune acceptera dans ses organes dirigeants un représentant de l'autre et qu'il n'existe pas d'autre lien susceptible d'entraîner la constitution d'un groupe horizontal entre les deux entreprises (1515), la Commission considère que l'article 85, paragraphe 1, est applicable. En effet, un tel échange d'administrateurs permet aux parties de demeurer en contact étroit pendant la durée de l'accord. Chacune est à tout moment en mesure de s'assurer du comportement de l'autre et est en mesure de l'influencer, ce qui peut aboutir à une concertation entre elles (1516).

Dans l'application des articles 65 et 66 du traité C.E.C.A., la Commission a souvent subordonné son autorisation de concentrations à ce que les dirigeants d'une entreprise n'exercent pas de fonctions dans les organes de gestion d'entreprises concurrentes (1517).

(...)

48. *Le traitement des filiales communes dans le règlement et dans la communication du 14 août 1990.* La nécessité de distinguer, parmi les filiales communes, celles devant être assimilées à une concentration s'est posée lors de l'adoption du règlement 4064/89. L'article 3, paragraphe 2, reflète les conceptions auxquelles la Commission avait abouti aux termes de la troisième étape décrite ci-dessus. D'une part, il énonce :

Une opération, y compris la création d'une entreprise commune, qui a pour objet ou effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes ne constitue pas une concentration...

(1513) Projet de communication relative aux entreprises communes coopératives, *supra* note 74, 22.

(1514) *Ibid.*

(1515) Sur la notion de groupe horizontal, voir *supra* point 6.

(1516) Voir l'affaire *British Industrial Sand/Sablières et Carrières Réunies*, 6e rapp. concurr., nº 122 et seq., spécialement 125.

(1517) Décision *Rogesa* du 18 juin 1981, *J.O.C.E.* L 189/54 du 11 juillet 1981 ; décision *Röchling/Burbach* du 25 mars 1981, non publiée ; décision *Dillingen* du 18 décembre 1981, non publiée ; décision *Saarstahl Völklingen* du 25 septembre 1987, non publiée.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

D'autre part, il ajoute :

La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome, et qui n'entraîne pas une coordination du comportement concurrentiel soit entre entreprises fondatrices, soit entre celles-ci et l'entreprise commune, constitue une opération de concentration...

Pour qu'une entreprise commune soit réputée avoir un caractère « concentratif », elle doit donc satisfaire à une condition positive — accomplir de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome — et à une condition négative — ne pas entraîner une coordination du comportement concurrentiel, soit entre les entreprises fondatrices, soit entre celles-ci et l'entreprise commune.

Dans une communication publiée au *Journal officiel* le 14 août 1990 (1518), la Commission s'est efforcée de préciser le sens à donner à ces notions.

A) LA CONDITION POSITIVE

Pour qu'il soit satisfait à la condition positive, l'entreprise commune doit, tout d'abord, intervenir comme « fournisseur et acheteur indépendant sur le marché ». Si elle ne reprend des entreprises fondatrices que « certaines fonctions partielles », elle ne peut être considérée comme une concentration lorsqu'elle est uniquement un instrument auxiliaire pour les activités économiques des entreprises fondatrices. Tel est le cas lorsque l'entreprise commune fournit ses produits ou services exclusivement à ses entreprises fondatrices, ou lorsqu'elle couvre ses propres besoins totalement auprès de celles-ci. La présence indépendante sur le marché peut même être insuffisante si l'entreprise commune réalise la majorité de ses approvisionnements ou de ses ventes avec des entreprises tierces, mais reste de manière substantielle dépendante des entreprises fondatrices pour le maintien et le développement de ses activités économiques.

L'entreprise commune doit en outre accomplir ses fonctions « de manière durable ». Cette condition suppose, selon la Commission, que l'entreprise soit destinée et en mesure d'exercer ses activités d'une manière illimitée dans le temps, ou à tout le moins pour une longue durée. Elle doit être dotée de moyens humains et matériels suffisants pour que son existence et son indépendance à long terme soient assurées. Tel est généralement le cas lorsque les entreprises fondatrices investissent des moyens financiers substantiels dans l'entreprise commune,

(1518) Communication de la Commission concernant les opérations de concentration et de coopération au titre du règlement (C.E.E.) 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *J.O.C.E.* C 203/10 du 14 août 1990.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

transfèrent à l'entreprise commune une entreprise ou un établissement existant, ou font apport à l'entreprise commune d'un savoir-faire technique ou commercial substantiel, de sorte qu'elle soit viable par ses propres moyens.

Le fait que l'entreprise commune soit en mesure de mener sa propre politique commerciale revêt, selon la Commission, une importance décisive pour apprécier son caractère autonome. Il faut que, dans les limites de son objet social, l'entreprise commune puisse élaborer des plans, prendre des décisions et agir de manière indépendante. En particulier, elle doit être libre de déterminer son comportement concurrentiel de manière autonome et en fonction de ses propres intérêts économiques. Si son activité dépend de l'utilisation d'installations qui demeurent économiquement intégrées dans les activités des entreprises fondatrices, ceci affaiblit son caractère autonome. Toutefois, l'autonomie économique de l'entreprise commune n'est pas mise en cause du seul fait que les entreprises fondatrices se réservent le droit de prendre certaines décisions, notamment celles qui concernent les modifications de l'objet social, les augmentations ou diminutions de capital, ou l'affectation des bénéfices. Par contre, si la politique commerciale de l'entreprise commune reste dans les mains des entreprises fondatrices, l'entreprise commune peut, selon la Commission, revêtir « le caractère d'un instrument des intérêts du marché des entreprises fondatrices » (1519).

B) LA CONDITION NÉGATIVE

La condition négative suppose que ni la création de l'entreprise commune, ni son existence ou son fonctionnement ne permettent raisonnablement de prévoir que « le comportement concurrentiel de l'une ou l'autre, ou de l'ensemble des entreprises fondatrices, ou celui de l'entreprise commune, est influencé sur le marché en cause. » Toute forme de coopération entre les entreprises fondatrices à l'égard de l'entreprise commune ne s'oppose pas au caractère « concentratif » de celle-ci ; en effet, la création et le contrôle en commun seraient impossibles sans une unité de vues entre les entreprises fondatrices en ce qui concerne la poursuite de leurs intérêts. Ce qui est visé, c'est la coordination du comportement sur le marché.

Conformément à sa pratique antérieure, la Commission estime qu'un risque de coordination n'existe pas lorsque les entreprises fondatrices ne sont plus actives ni dans les marchés de l'entreprise commune, ni dans les marchés voisins ou dans des marchés se situant en amont ou en aval

(1519) Voir communication, *supra* note 141, n°s 16 à 19.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

du marché de l'entreprise commune (1520). Le fait que les entreprises fondatrices restent actives sur le même marché de produits que l'entreprise commune ne fait pas obstacle au caractère « concentratif » si leur marché géographique est différent au point que tout risque d'interaction concurrentielle puisse être exclu (1521).

La coordination sera au contraire « présumée » lorsque les entreprises fondatrices ou l'une d'elles restent actives sur le marché de l'entreprise commune, ou restent des concurrents potentiels de celle-ci (1522), ou lorsqu'elles exercent leurs activités dans un marché en amont ou en aval de celui de l'entreprise commune (1523) ou qui lui est « techniquement ou économiquement apparenté » (1524).

La communication va un peu plus loin que la pratique antérieure dans la mesure où elle admet que puisse avoir un caractère « concentratif » l'entreprise commune exerçant ses activités dans des marchés voisins ou se situant en amont ou en aval des marchés des fondateurs, lorsque ceux-ci limitent l'influence qu'ils exercent sur elle aux décisions stratégiques, comme par exemple celles concernant l'orientation future des investissements, et qu'ils se « laissent guider en la matière par leurs intérêts financiers plutôt que par leurs intérêts sur le marché ». S'il n'existe pas de liens personnels entre les organes de décision des fondateurs et ceux de l'entreprise commune, le caractère concentratif de celle-ci pourra être reconnu (1525).

49. *Critique.* La position adoptée par la Commission dans la communication concernant les opérations de concentration et de coopération s'expose aux mêmes critiques que sa pratique antérieure.

D'une part, outre leur caractère souvent vague, on n'aperçoit pas en quoi les différents critères retenus comme nécessaires pour que la condition positive soit remplie présentent de l'intérêt du point de vue de la concurrence. En quoi le fait que l'entreprise commune exerce des activités « auxiliaires » par rapport à celles de ses parents, qu'elle soit dépendante de ceux-ci pour le développement de ses activités économiques, que sa durée soit limitée, qu'elle ne dispose pas de son propre personnel ou de sa propre technologie, permettent-ils de présumer qu'elle présentera plus de risques pour le fonctionnement du marché que dans le cas inverse ? Par ailleurs, l'exigence que l'entreprise commune soit en mesure de mener sa propre politique commerciale paraît irréaliste dans la mesure où, par définition, elle est soumise au contrôle des parents et

(1520) *Ibid.*, n°s 20 à 22.
(1521) *Ibid.*, n° 29.
(1522) *Ibid.*, n° 33.
(1523) Communication, *supra* note 141, n°s 34 et 35.
(1524) *Ibid.*, n° 36.
(1525) *Ibid.*, n° 22.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

où l'investissement que ceux-ci ont effectué dans l'entreprise commune permet difficilement de supposer qu'ils se désintéresseront de la façon dont elle est gérée. Il n'est pas sans intérêt de relever que l'idée selon laquelle une entreprise commune doit accomplir de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome est inspirée de la pratique de l'Office fédéral des cartels allemand (1526), et que la Cour fédérale suprême a explicitement pris ses distances à son égard dans un arrêt du 1er octobre 1985 (1527).

Si la condition négative est justifiée, dans la mesure où elle vise les rapports entre les entreprises fondatrices ou entre celles-ci et les tiers, elle nous paraît critiquable dans la mesure où elle exige l'absence de toute « coordination » entre l'entreprise commune et ses parents. Refuser de reconnaître à une entreprise commune un caractère « concentratif » uniquement parce que l'un des parents est actif sur le même marché qu'elle (1528), alors que l'autre parent n'est actif sur aucun marché ayant une quelconque connexion avec celui de l'entreprise commune, peut aboutir, dans le cas d'une cession partielle, à ce que l'applicabilité du règlement dépende du point de savoir si le prix payé consiste en actions de l'entreprise acquéreuse plutôt qu'en espèces, bien plus que des rapports concurrentiels entre les parties. C'est pourquoi nous ne pouvons que nous rallier aux critiques qui ont été émises à l'égard de la distinction opérée par la Commission dans cette communication (1529).

50. *La pratique de la Commission.* Il est frappant de constater que, dans l'application donnée au règlement 4064/89, la Commission n'a eu recours que dans une mesure limitée aux critères posés dans sa communication.

Ainsi, dans l'affaire *Renault/Volvo* (1530), elle n'a pas considéré que le fait que chacune des parties continuerait à commercialiser les camions et autocars fabriqués en commun par ses propres réseaux de distribution

(1526) *Bundeskartellamt Tätigkeitsbericht* (1978) 24.

(1527) « Mischwerke », *W.u.W.* (1986) 137 (EBGH 2169). Sur la pratique allemande avant et après cet arrêt, voir aussi Leube, « Zur Anwendbarkeit der §§1 und 23ff. GWB auf Gemeinschaftsunternehmen », *Z.H.R.* (1977) 313 ; Ulmer, « Gemeinsame Tochtergesellschaften im Deutschen Konzern – und Wettbewerbsrecht », *Z.H.R.* (1977) 466 ; Huber, « Aktuelle Probleme des Gemeinschaftsunternehmens im Deutschen und Europäischen Wettbewerbsrecht », *W.u.W.* (1978) 677 ; Immenga, « Gemeinschaftsunternehmen als Kartell und Zusammenschluß – ein Grundsatzurteil des BGH », *Z.H.R.* (1986) 366 ; Stockmann, « Verwaltungsgrundsätze und Gemeinschaftsunternehmen », *W.u.W.* (1988) 269 ; Axster, « Joint Ventures and Antitrust with Particular Emphasis on the Development of German Antitrust Theory and Practice » 1991 *Fordham Corporate Law Institute* (pas encore publié).

(1528) Comme le fait la communication *supra* note 141, n° 33.

(1529) Voir Hawk, « Joint Ventures Under E.E.C. Law » 1990 *Fordham Corporate Law Institute*, New York, 1991 ; *id.*, « Concentrative/Co-Operative Joint Ventures : Metaphysics and the Law », *European Business Law Review* (1992) 3.

(1530) Décision du 7 novembre 1990, non publiée.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

et sous ses propres marques empêchait de considérer l'opération comme une concentration.

Dans l'affaire *Mitsubishi/UCAR* (1531), le fait que Mitsubishi demeurait actif sur le même marché au Japon et qu'elle pouvait intervenir comme agent pour le compte de producteurs japonais des mêmes produits n'a pas ì non plus été retenu comme déterminant.

Dans l'affaire *Sanofi/Sterling Drug* (1532), la Commission a admis qu'il s'agissait d'une concentration malgré le fait que Sterling Drug conservait une présence aux États-Unis dans un secteur voisin et qu'elle poursuivait ses activités de recherche de manière indépendante.

Dans l'affaire *Dräger/IBM/HMP* (1533), l'existence d'une concentration a de même été retenue malgré le fait que IBM continuait à exercer des activités dans des domaines voisins et demeurait un concurrent potentiel dans le domaine de l'entreprise commune.

Dans l'affaire *ABC/Générale des Eaux/Canal+/W.H. Smith T.V.* (1534), le fait que plusieurs des partenaires continuaient à exercer des activités dans des domaines voisins ne portait pas atteinte à la nature « concentrative » de l'opération, ces activités étant d'importance réduite.

Dans l'affaire *Thomson/Pilkington* (1535), le fait que Thomson restait actif dans le secteur de l'optronique n'a pas été jugé de nature à faire obstacle à une concentration, les activités de Thomson étant centrées sur la France alors que la filiale commune était active au Royaume-Uni et que les marchés en question étaient encore nationaux. En outre, les produits fabriqués par la filiale commune et par Thomson étaient dans une large mesure complémentaires. Enfin, l'accord prévoyait que Thomson aurait la responsabilité principale pour la politique de marché de la filiale, de telle sorte qu'il n'existait guère de possibilités de concurrence entre Thomson et la filiale commune.

Dans l'affaire *UAP/Transatlantic Life/Sun Life* (1536), le fait que les parents continuaient à être actifs dans le même secteur que l'entreprise commune n'a pas empêché la Commission de considérer qu'il s'agissait d'une concentration. En effet, ces activités indépendantes étaient soit réduites, soit relatives à des marchés géographiques différents. En outre, en ce qui concerne UAP, il n'était pas raisonnable de s'attendre à ce que, ayant investi dans la filiale commune et exerçant le contrôle opérationnel de celle-ci, elle soit incitée à pénétrer le marché de la filiale commune indépendamment.

(1531) Décision du 4 janvier 1991, non publiée.
(1532) Décision du 10 juin 1991, non publiée.
(1533) Décision du 28 juin 1991, non publiée.
(1534) Décision du 10 septembre 1991, non publiée.
(1535) Décision du 23 octobre 1991, non publiée.
(1536) Décision du 11 novembre 1991, non publiée.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Dans l'affaire *TNT/Canada Post e.a.* (1537), enfin, la Commission a reconnu qu'il s'agissait d'une concentration malgré le fait que certaines des activités de l'entreprise commune pouvaient être sous-traitées aux fondateurs, que ceux-ci étaient chargés de distribuer ses services en qualité d'agents et que certaines de ces activités pouvaient entrer en concurrence avec celles des fondateurs. En effet, la Commission a considéré que, vu les procédures de prises de décision au sein de l'entreprise commune et les intérêts commerciaux en présence, une coordination du comportement des fondateurs entre eux et avec l'entreprise commune n'était pas probable.

Dans les affaires *Baxter/Nestlé/Salvia* (1538) et *Lucas/Eaton* (1539), cependant, la Commission a appliqué, en s'y référant expressément, les critères de la communication, la première fois pour dénier qu'il s'agissait d'une concentration et la seconde pour l'admettre (1540). Ainsi, dans l'affaire *Baxter/Nestlé/Salvia*, la Commission a tenu compte notamment de ce que les parents n'avaient pas transféré à l'entreprise commune l'ensemble de leurs brevets et de leur savoir-faire dans le domaine de celle-ci, qu'ils exerçaient des activités de production, de recherche et développement pour le compte de l'entreprise commune en tant que sous-traitants et qu'ils distribuaient les produits sous leurs marques respectives.

Le fait que la Commission n'ait pas appliqué avec une plus grande rigueur les critères énoncés dans sa communication est la meilleure preuve du caractère peu satisfaisant de ceux-ci.

3. L'appréciation des concentrations

51. *Principe d'incompatibilité.* Les concentrations qui créent ou renforcent une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le Marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées incompatibles avec le Marché commun (1541). Contrairement à ce qui était prévu dans les projets précédents, il ne suffit pas que la concentration crée une position

(1537) Décision du 2 décembre 1991, non publiée.

(1538) Décision du 6 février 1991, non publiée.

(1539) Décision du 9 décembre 1991, non publiée.

(1540) Dans deux autres décisions non publiées (*Apollinaris/Schweppes* du 24 juin 1991 et *Elf/Enterprise* du 24 juillet 1991), la Commission a aussi refusé d'admettre qu'il s'agissait de concentrations. Toutefois, ces affaires ne posaient guère de problèmes dans la mesure où les parents continuaient à exercer d'importantes activités sur les mêmes marchés ou sur des marchés proches de ceux de l'entreprise commune. Voir aussi la décision *BSN-Nestlé/Cokoladovny* du 18 février 1992, non publiée, qui dénie aussi le caractère concentratif à une filiale commune entre deux grands groupes agro-alimentaires destinée à leur permettre de pénétrer sur un marché géographique nouveau.

(1541) Article 2 § 3 du règlement.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

dominante, ni même qu'elle la renforce, mais il faut en outre qu'elle soit de nature à entraver la concurrence d'une manière « significative ».

Cette exigence additionnelle ne pose pas de difficulté lorsqu'il s'agit d'apprécier les opérations qui *créent* une position dominante. En effet, la position dominante n'est pas en elle-même incompatible avec le Marché commun. Dans son arrêt *United Brands*, la Cour a affirmé que la notion de position dominante n'était pas incompatible avec le maintien d'une concurrence sur le marché.

En revanche, la portée de cette condition est plus difficile à apprécier lorsqu'il s'agit d'opérations qui *renforcent* une position dominante. En effet, on aperçoit difficilement comment une concentration dont l'effet serait de renforcer une position dominante ne serait pas de nature à entraver le commerce de manière significative. Ce n'est que lorsque le renforcement n'a qu'une importance tout à fait marginale qu'il peut être possible de considérer qu'il ne porte pas une entrave significative au fonctionnement du marché. C'est pourquoi la seule interprétation cohérente de cette condition nous paraît être de considérer qu'elle a pour but de permettre de déclarer compatible avec le Marché commun les concentrations qui n'aboutissent qu'à un renforcement minime d'une position dominante existante (1542).

* * *

Je me réjouis de l'adoption du règlement n° 1310/97, qui mettait fin à la distinction entre entreprises communes « coopératives » et entreprises communes « concentratives » en soumettant toutes les entreprises communes « de plein exercice » au régime applicable aux concentrations, moyennant certains aménagements destinés à tenir compte des problèmes spécifiques que ce type d'opérations soulève.

(1542) En ce sens, voir LANGEHEINE, « Substantive Review Under the E.E.C. Merger Regulation », 1990 *Fordham Corporate Law Institute*, New York, 1991, 481, 485 ; VENIT, « The Evaluation of Concentrations Under Regulation 4064/89 : The Nature of the Beast », *ibid.*, 519, 545.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

« Le régime applicable aux entreprises communes en droit communautaire de la concurrence depuis l'entrée en vigueur du règlement (CE) N° 1310/97 du Conseil »,
Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe,
Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 813-829.

I. — INTRODUCTION

1. — La position du problème

Par définition, toute entreprise commune entraîne une concentration des activités de ses fondateurs. Lorsque cette concentration se rapporte à l'ensemble des activités précédemment exercées par ceux-ci, comme cela se produisit dans un des premiers cas de concentration soumis à l'examen de la Commission (1543), il n'y a aucune difficulté à considérer qu'il s'agit d'une concentration totale. Le fait que l'entreprise commune soit soumise au contrôle conjoint de deux sociétés mères, plutôt qu'au contrôle exclusif d'une seule, ne présente pas d'importance du point de vue de la concurrence, les sociétés mères n'exerçant plus d'activités indépendantes sur le marché.

Plus souvent, cependant, l'entreprise commune ne reprend qu'une partie des activités des société mères. Dans la mesure où ces activités présentent des liens avec celles qui continuent à être exercées par les mères, des problèmes de concurrence pourront se poser. En effet, par leur collaboration dans le cadre de l'entreprise commune, les mères sont inévitablement amenées à partager des informations quant à la situation du marché et aux stratégies qu'elles comptent adopter sur celui-ci, ce qui est de nature à entraîner une coordination de leur comportement sur les marchés où elles conservent des activités indépendantes.

La question est alors de décider si, compte tenu de ce risque de coordination, la création de l'entreprise commune peut encore être assimilée à une concentration et se voir soumise au régime prévu pour les opérations de ce type, ou s'il ne faut pas plutôt considérer qu'il s'agit d'une entente entre entreprises indépendantes à laquelle s'appliquent les règles relatives aux accords restrictifs de concurrence. Une troisième solution serait d'appliquer cumulativement les règles relatives aux ententes et celles sur le contrôle des concentrations.

Les réponses apportées par le droit communautaire de la concurrence à ces interrogations ont varié au cours du temps.

(1543) Affaire *Agfa-Gevaert*, 4e Rapport de la Commission sur la politique de concurrence (cité ci-après : « Rapport concurrence »), 1975, n° 40. Voy. aussi la décision *Metaleurop* de la Commission, du 26 juin 1990, *J.O.C.E.*, n° L 179, du 12 juillet 1990, p. 41.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

2. — Le droit C.E.C.A.

Le traité C.E.C.A. a contenu depuis l'origine des dispositions permettant de contrôler aussi bien les ententes (1544) que les concentrations (1545). À l'occasion de la création de l'entreprise commune sidérurgique Sidmar, la Haute Autorité a estimé devoir appliquer exclusivement l'article 66, malgré le fait que les parties à l'opération comptaient plusieurs importants sidérurgistes concurrents. La coordination du comportement concurrentiel qui, selon la Haute Autorité, découlait inévitablement de la nécessité pour les partenaires de coopérer dans la gestion de Sidmar (1546), devait être appréciée en fonction des règles relatives au contrôle des concentrations, et non à celles sur les ententes, puisqu'elle constituait la conséquence nécessaire de la concentration partielle de leurs activités (1547).

II. — LE CONTRÔLE DES ENTREPRISES COMMUNES EN VERTU DE L'ARTICLE 81 (1548) DU TRAITÉ C.E.

1. — Première phase : de 1974 à 1981

Longtemps, le droit communautaire de la concurrence n'a pas comporté de règles spécifiques applicables aux concentrations. Sauf application possible de l'article 82 (1549) dans l'hypothèse, relativement rare, où une entreprise en position dominante acquérait un concurrent, éliminant de ce fait en pratique toute concurrence effective sur le marché (1550), les concentrations totales échappaient en pratique au contrôle de la Commission (1551).

Le régime juridique des concentrations partielles, et notamment des entreprises communes, n'était pas aussi favorable. En effet, la Commis-

(1544) Article 65.

(1545) Article 66.

(1546) La Haute Autorité utilisait à l'époque l'expression « effet de groupe » pour qualifier cette coordination.

(1547) Voy. 11e Rapport général de la Haute Autorité de la C.E.C.A., nos 346 à 351. Voy. aussi H. Matthies, « Gemeinschaftsunternehmen in der Montanuion », *Wirtchaftsordnung und Rechtsordnung*, *Festschrift für Franz Böhm*, Karlsruhe, 1965, pp. 319 et s.

(1548) Selon la numérotation des articles du traité antérieure à l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, il s'agissait de l'article 85.

(1549) Selon l'ancienne numérotation : article 86.

(1550) C.J.C.E., 21 février 1973, aff. 6/72, *Europemballage et Continental Can*, *Rec.*, 1973, p. 215.

(1551) Tel fut le point de vue adopté par la Commission dans son mémorandum de décembre 1965 sur le problème de la concentration dans le marché commun (cité ci-après : « Mémorandum concentration »), Études, Série Concurrence, no 3, Bruxelles, troisième partie, nos 6 à 13, et dont elle ne s'est pas départie par la suite. Voy. aussi P. Van Ommeslaghe, « L'application des articles 85 et 86 du traité de Rome aux fusions, aux groupes de sociétés et aux entreprises communes », *Rev. trim. dr. eur.*, 1967, pp. 457 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

sion s'est toujours réservé la possibilité d'appliquer l'article 81 dans les cas où, « après la concentration, on reste en présence d'entreprises économiquement autonomes (par exemple dans le cas de la création d'entreprises communes) » (1552). À partir de 1974, elle a commencé à appliquer systématiquement l'article 85 aux accords créant une entreprise commune (1553). Elle a clairement résumé sa position à l'époque dans le Quatrième rapport sur la concurrence (1554).

La Commission y distingue, d'un côté, les entreprises communes qui ne font qu'institutionnaliser une coopération entre les parties dans un domaine déterminé. Tel est le cas lorsqu'un certain nombre d'entreprises constituent une société en vue de la prospection en commun des marchés d'exportation, de la recherche à l'étranger de produits à acheter, de la vente de leurs produits ou de la recherche en commun. Dans de tels cas, le concentration ne concerne que certaines fonctions d'entreprise et n'a pas pour effet la création d'une entreprise « de plein exercice ». Si les partenaires sont concurrents, la mise en commun de ces fonctions entraîne inévitablement une restriction de leur capacité de se faire concurrence. Cette restriction doit être jugée en fonction des critères de l'article 81. Les aspects concentratifs ne pèsent en effet pas suffisamment lourd pour qu'on puisse considérer qu'il s'agit d'une opération ayant un caractère essentiellement structurel et échappant de ce fait au champ d'application de cette disposition.

À l'autre extrémité du spectre, on trouve les entreprises communes dans lesquelles les partenaires regroupent l'ensemble de leurs activités dans un domaine donné et ne conservent aucune activité dans des marchés de produits ou de services situés en aval ou en amont ou se trouvant en relation de concurrence potentielle avec les produits ou services de l'entreprise commune. Dans de tels cas, il n'y a pas lieu de craindre que la collaboration des parties dans le cadre de l'entreprise commune déteigne sur leurs relations concurrentielles puisque celles-ci ont, par définition, cessé d'exister. Il n'y a pas davantage de risque que la collaboration aboutisse à avantager les parties, ou l'une d'elles, dans les relations avec les tiers, en leur réservant un accès privilégié à une source d'approvisionnement ou à un débouché puisque, de nouveau par hypothèse, il n'existe aucune relation verticale entre les parents et l'entreprise commune. La Commission considère, dès lors, que de telles filiales communes équivalent à une véritable concentration et échappent, de ce fait, à l'article 81. Il en est ainsi non seulement lorsque tous

(1552) Telle était déjà la position annoncée dans le Mémorandum concentration précité, nº 14.

(1553) La première décision — d'attestation négative — est celle du 20 décembre 1974, *SHV-Chevron*, *J.O.C.E.*, nº L 38, du 12 février 1975, p. 14.

(1554) Rapport concurrence, cité à la note 1 *supra*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

les fondateurs se retirent entièrement et définitivement du marché de l'entreprise commune et des marchés qui lui sont liés, mais aussi lorsque le retrait laisse subsister une partie sur un de ces marchés. En effet, même lorsqu'une des sociétés mères continue à exercer des activités concurrentes ou voisines de celles de l'entreprise commune, ceci n'entraîne aucun risque de coordination *entre les sociétés mères*.

Ce n'était donc, au cours de cette première phase, que lorsque plus d'une des sociétés mères conservait des activités susceptibles d'être influencées par la coopération au sein de l'entreprise commune que la Commission considérait qu'il y avait lieu d'appliquer l'article 81 (1555). Cette application visait l'opération dans son ensemble, y compris dans ses aspects concentratifs.

Même si cette position pouvait prêter le flanc à la critique (1556), elle faisait preuve d'une certaine logique. En effet, dans la mesure où la création d'une entreprise commune entraîne nécessairement une restriction de concurrence entre les fondateurs, il n'est pas interdit de considérer qu'elle relève de l'article 81, l'aspect « concentration » s'effaçant, pour ainsi dire, devant l'aspect « coordination » (1557).

2. — Deuxième phase : de 1982 à 1989

À partir de 1982, on note une évolution dans l'analyse des effets concurrentiels des entreprises communes par la Commission. Au-delà des effets qu'entraîne la création de l'entreprise commune sur les relations entre les sociétés fondatrices (« risque de coordination horizontale »), la Commission étend son examen à ses effets sur les relations entre chacune de ces sociétés, prise individuellement, et l'entreprise commune (« risque de coordination verticale »).

C'est, à notre connaissance, dans l'affaire *Philip Morris* que cette attitude est apparue pour la première fois. La Commission a considéré que les accords, conclus en 1981, par lesquels Philip Morris acquérait de Rembrandt Group une participation de cinquante pour cent dans la holding qui contrôlait Rothmans International, Rembrandt Group conti-

(1555) Voy. la décision *SHV-Chevron*, citée à la note 11 *supra*, ainsi que l'affaire *Kaiser-Estel* (résolue sans décision formelle), 9e Rapport concurrence, nº 131, dans lesquelles la Commission déclare l'article 81 inapplicable à des entreprises communes où seul un des fondateurs continuait à exercer des activités concurrentes de celles mises en commun.

(1556) Voy. la discussion de cette question dans : M. Waelbroeck et A. Frignani, « Concurrence », in *Commentaire Mégret*, t. 4, 2e éd., Bruxelles, 1997, nº 888.

(1557) Une telle position est *logique*, disons-nous, ce qui ne signifie pas que d'autres positions ne le soient pas aussi, telles que celle de la Haute Autorité dans l'affaire *Sidmar*, consistant à considérer que l'« effet de groupe », en tant que conséquence obligée de la concentration partielle réalisée par la création de l'entreprise commune, doit être jugé selon les mêmes critères que cette concentration elle-même. Mais, à l'époque, le traité C.E.C.A., à l'inverse du traité C.E.E., prévoyait un contrôle des concentrations...

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

nuant à détenir les cinquante pour cent restants, étaient contraires à l'article 85. Cette position ne se fondait pas sur l'existence d'une relation de concurrence potentielle entre Rembrandt Group et Philip Morris, ce qui aurait permis à la Commission d'appliquer sa méthode d'analyse traditionnelle. Au contraire, ce sont les effets sur les relations entre Philip Morris et Rothmans International, tous deux concurrents actuels, que la Commission a considérés comme de nature à soulever des objections. La question décisive n'était donc plus, contrairement à ce que la Commission avait affirmé antérieurement (1558), « de savoir si la coopération dans le cadre de l'entreprise commune a pour objet ou pour effet de limiter sensiblement la concurrence entre les fondateurs ou entre ceux-ci et d'autres entreprises », mais bien si cette coopération limite sensiblement la concurrence entre l'un des fondateurs (Philip Morris) et l'entreprise commune (Rothmans International) (1559).

Par la suite, la Commission adopta la même position dans plusieurs autres décisions (1560). Pour qu'une entreprise commune échappe à l'article 81, il fallait dorénavant que *toutes* les sociétés fondatrices se retirent du marché de l'entreprise commune et qu'elles ne conservent *aucune* activité dans des marchés voisins ou connexes.

Cette conception allait à l'encontre de la position adoptée jusque-là par la Commission et par la Cour de justice, selon laquelle l'article 81 ne s'applique pas dans les relations entre une société mère et sa filiale (1561). Certes, en l'occurrence, le contrôle sur la filiale était exercé en commun ; toutefois, en soi, cette circonstance ne présentait aucune incidence anticoncurrentielle, les sociétés mères n'étant pas concurrentes et aucun rapport vertical n'existant entre elles et l'entreprise commune. L'existence et le fonctionnement de l'entreprise commune n'étaient donc pas de nature à exercer un effet sur les relations entre les sociétés mères ou entre l'une d'elles et les tiers. En considérant que le risque de coordination verticale entre l'entreprise commune et une des sociétés mères entraînait l'applicabilité de l'article 81, la Commission mettait en cause le contrôle même exercé par cette société sur sa filiale.

(1558) Ainsi que l'avait affirmé la Commission dans son Sixième Rapport concurrence, où elle avait fait le point sur sa pratique à l'époque.

(1559) La Commission n'adopta pas de décision formelle à ce stade, les parties ayant convenu de modifier leurs accords afin de les rendre compatibles avec ses vues.

(1560) Décision *Amersham/Buchler* du 29 octobre 1982, *J.O.C.E.*, n° L 314, du 10 novembre 1982, p. 34 ; décision *Mitchell-Cotts/Sofiltra* du 17 décembre 1986, *J.O.C.E.*, n° L 41, du 11 février 1987, p. 31 ; décision *Bayer/BP Chemicals* du 5 mai 1988, *J.O.C.E.*, n° L 150, du 16 juin 1988, p. 35 ; décision *Fibres optiques* du 14 juillet 1986, *J.O.C.E.*, n° L 236, du 22 août 1986, p. 30 ; affaire *P & G/Finaf*, *J.O.C.E.*, n° C 3, du 7 janvier 1992, p. 2. Pour plus de détails, voy. M. Waelbroeck et A. Frignani, *op. cit.*, *supra*, à la note 14, n°s 889-893.

(1561) Voy. notamment C.J.C.E., 25 novembre 1971, aff. 22/71, *Béguelin*, *Rec.*, 1971, p. 949 ; 31 octobre 1974, aff. 15/74, *Centrafarm/Sterling*, *Rec.*, 1974, p. 1183.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Par la suite, la Commission ajouta une exigence supplémentaire : pour échapper à l'applicabilité de l'article 85, il fallait que l'entreprise commune constitue une unité économique autonome, disposant de son propre personnel, de ses propres moyens de production et de ses propres sources d'approvisionnement (1562), et qu'elle soit capable d'agir sur le marché comme « un nouveau concurrent indépendant » (1563). Ici aussi, la Commission aboutissait à nier la possibilité pour les entreprises fondatrices d'exercer leur contrôle sur l'entreprise commun sans enfreindre l'article 85.

III. — LA DISTINCTION ENTRE ENTREPRISES COMMUNES CONCENTRATIVES ET ENTREPRISES COMMUNES COOPÉRATIVES DANS LE RÈGLEMENT N° 4064/89

Le règlement n° 4064/89 sur le contrôle des concentrations, adopté par le Conseil le 21 décembre 1989 (1564), reflète les conceptions auxquelles la Commission avait abouti lors de son adoption. Il n'est donc pas étonnant que son article 3(2) exige, pour qu'une entreprise commune soit considérée comme une concentration soumise aux règles de procédure du règlement, qu'elle satisfasse non seulement à la condition d'accomplir de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome, mais en outre à celle de ne pas entraîner une coordination du comportement concurrentiel, que ce soit entre les entreprises fondatrices *ou entre celles-ci et l'entremise commune* (1565). Toutes les entreprises communes ne répondant pas à ces critères devaient, selon le règlement, être considérées comme de nature « coopérative » et non « concentrative » ; elles restaient soumises à l'article 81 et aux règles de procédure du règlement n° 17. La Commission publia, le 14 août 1990, une communication précisant le sens à donner aux notions d'entreprise commune coopérative et concentrative (1566). Cette communication proposait une interprétation stricte de l'article 3(2) du règlement n° 4064/89.

(1562) Décision *Enichem/ICI* du 22 décembre 1987, *J.O.C.E.*, n° L 50, du 24 février 1988, p. 18.

(1563) Décision *IVECO/Ford* du 20 juillet 1988, *J.O.C.E.*, n° L 230, du 19 août 1988, p. 39.

(1564) *J.O.C.E.*, n° L 257, du 21 septembre 1990, p. 14 (texte révisé).

(1565) Voy. le texte de l'article 3(2) du règlement n° 4064/89, tel qu'il existait avant sa modification par le règlement n° 1310/97 :

« Une opération, y compris la création d'une entreprise commune, qui a pour objet ou effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes ne constitue pas une concentration au sens du paragraphe 1, point *b*.

La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome, et qui n'entraîne pas une coordination du comportement concurrentiel, soit entre entreprises fondatrices, soit entre celles-ci et l'entreprise commune, constitue une opération de concentration au sens du paragraphe 1, point *b* ».

(1566) Communication de la Commission concernant les opérations de concentration et de coopération au titre du règlement n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Le critère de distinction entre entreprises communes concentratives et entreprises communes coopératives établi par l'article 3(2) du règlement n° 4064/89, tel qu'explicité par la communication du 14 août 1990, s'est rapidement avéré trop rigide en pratique. De nombreuses opérations présentant indéniablement les caractéristiques d'une concentration — modification de la structure des entreprises en cause, caractère irréversible — devaient être notifiées en vertu des dispositions du règlement n° 17 plutôt que de celles du règlement n° 4064/89 uniquement parce qu'une des parties conservait une présence — parfois peu importante — sur un marché présentant des liens avec celui de l'entreprise commune.

Dès lors, il apparut nécessaire à la Commission de ne pas s'en tenir à l'interprétation stricte de l'article 3(2) du règlement n° 4064/89. C'est ainsi qu'elle a admis que le caractère concentratif de l'entreprise commune n'est pas mis en cause dans les trois situations suivantes :

— lorsque le marché sur lequel la société mère conserve des activités est géographiquement distinct de celui de l'entreprise commune (théorie du marché géographique distinct) ;

— lorsque les activités en cause n'ont qu'une importance relative réduite (application de la règle de *minimis*) ;

— lorsque l'entreprise qui demeure présente sur le marché de l'entreprise commune assume, conformément aux accords entre les partenaires, la responsabilité principale de la politique industrielle et commerciale de l'entreprise commune (théorie du « *leadership* industriel »).

En 1994, la Commission franchit un pas supplémentaire : elle remplaça sa communication de 1990 par une nouvelle communication élargissant la notion d'entreprise commune concentrative (1567). Cette communication renonce entièrement à l'exigence qu'aucune des sociétés mères ne demeure active dans le marché de l'entreprise commune et dans les marchés qui lui sont liés : le fait qu'*une* des fondatrices demeure sur un de ces marchés n'empêche plus de considérer qu'il s'agit d'une concentration. Selon la nouvelle communication, la coordination entre les entreprises fondatrices et l'entreprise commune « n'entre en ligne de compte que dans la mesure où elle est un instrument de coordination entre les entreprises fondatrices » (1568). La Commission tient donc exclusivement compte, dorénavant, du risque de coordination horizontale (entre les entreprises fondatrices), et non du risque de coordination verticale (entre

des concentrations entre entreprises, *J.O.C.E.*, n° C 203, du 14 août 1990, p. 10.

(1567) Communication relative à la distinction entre entreprises communes concentratives et entreprises communes coopératives établie par le règlement n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *J.O.C.E.*, n° C 385, du 31 décembre 1994, p. 1.

(1568) Communication citée à la note précédente, n° 17.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

les entreprises fondatrices et l'entreprise commune). La Commission en revient ainsi à l'interprétation qui avait été la sienne jusqu'en 1982.

IV. — LE RÈGLEMENT N° 1310/97

Les choses en étaient là lors de l'adoption du règlement n° 1310/97 (1569) : l'existence d'un risque de coordination verticale n'excluait désormais plus l'applicabilité du règlement n° 4064/89 ; il suffisait que l'entreprise commune constituât une entité économique autonome (« entreprise de plein exercice ») (1570) et qu'il n'y eût pas de risque de coordination horizontale entre sociétés mères.

Néanmoins, la situation n'était pas pleinement satisfaisante. En effet, de nombreuses entreprises communes présentant un caractère structurel marqué demeuraient soumises à l'article 81 et aux procédures du règlement n° 17 pour la seule raison que leur existence ou leur fonctionnement pouvaient affecter, ne serait-ce que dans une mesure réduite, le comportement des sociétés mères. Une telle différence de traitement entre entreprises communes ne paraissait guère justifiée. Certes, la Commission s'était efforcée, dès le début de 1993, d'accélérer le traitement réservé aux entreprises communes qui, quoique ne revêtant pas un caractère concentratif, entraînaient néanmoins une modification durable de la structure des parties, notamment en prévoyant la mise en commun des fonctions de production, ou de production et de vente, des sociétés mères. Selon cette nouvelle procédure, la Commission publiait, dès réception de la notification effectuée en vertu du règlement n° 17, le contenu essentiel des dispositions de l'accord en invitant les tiers à lui faire parvenir leurs observations à son sujet. Dans un délai de deux mois, elle adressait aux parties soit une lettre de classement mettant fin à la procédure, soit une lettre d'avertissement annonçant son intention de procéder à un examen approfondi. Pour bénéficier de cette procédure accélérée, la notification devait contenir des informations détaillées sur le marché en cause et la position des parties et de leurs concurrents sur celui-ci, comme dans le cas de la notification d'une concentration en vertu du règlement n° 4064/89 (1571). Néanmoins, la différence de traitement — et surtout le risque d'un allongement illimité des délais au cas où la Commission estimerait devoir procéder à un examen approfondi — demeurait sensible, sans que des raisons valables la justifiassent.

(1569) *J.O.C.E.*, n° L 180, du 9 juillet 1997, p. 1.

(1570) Communication citée *supra*, à la note 25, n° 13.

(1571) 22e Rapport concurrence, nos 122 à 124 ; règlement n° 3385/94 de la Commission, point D de la partie introductive et chapitre III de la partie opérationnelle du formulaire A/B (annexé audit règlement).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Le règlement n° 1310/97 tint compte de ces objections en soumettant toutes les entreprises communes « de plein exercice » aux procédures spécifiques prévues pour le contrôle des concentrations. À cet effet, il supprime le premier alinéa de l'article 3(2), qui excluait du champ d'application du règlement les opérations qui ont pour objet ou pour effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes, ainsi que les mots « et qui n'entraîne pas une coordination du comportement concurrentiel soit entre entreprises fondatrices, soit entre celles-ci et l'entreprise commune » du second alinéa de cette disposition (1572). Il s'ensuit que le fait que la création d'une entreprise commune permette la coordination du comportement des sociétés fondatrices, que ce soit dans leurs rapports avec leur filiale ou même *entre elles*, n'entraîne plus sa sujétion aux procédures du règlement n° 17 ; une telle entreprise commune, à condition d'être « de plein exercice », bénéficiera du traitement prévu par le règlement n° 4064/89.

Toutefois, les auteurs du règlement étaient pleinement conscients de la nécessité de prévoir un régime spécifique pour de telles entreprises communes, compte tenu du risque de coordination auquel elles donnent naissance. Aux termes du cinquième considérant du préambule, dans la mesure où « une restriction appréciable de la concurrence est la conséquence directe de leur création », ces entreprises communes doivent être examinées non seulement « sous l'angle de la position dominante prévue à l'article 2 du règlement », mais aussi selon « les critères de l'article 81, paragraphes 1 et 3, du traité ». Si les effets de l'entreprise commune sur le marché sont « avant tout structurels », l'article 81 ne s'applique pas « en règle générale ». Toutefois, l'article 81(1) « peut être d'application si deux des entreprises fondatrices ou plus restent actives dans le marché de l'entreprise commune ou, le cas échéant, si la création de l'entreprise commune a pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence entre les entreprises fondatrices dans des marchés situés en amont ou en aval ou des marchés voisins ». Dans un tel cas, l'appréciation de « tous les aspects » de l'opération doit être effectuée « dans le cadre de la même procédure ».

En outre, le règlement n° 1310/97 ajoute à l'article 2 du règlement n° 4064/89 un paragraphe 4 ainsi libellé :

> « 4. Pour autant que la création d'une entreprise commune constituant une opération de concentration au sens de l'article 3 a pour objet ou pour effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes, cette coordination est appréciée selon les critères de l'article 81, paragraphes 1 et 3, du traité, en vue d'établir si l'opération est compatible ou non avec le marché commun.

(1572) Pour le texte intégral de l'article 3(2) avant sa modification, voy. la note 23 ci-dessus.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Dans cette appréciation, la Commission tient compte notamment :

— de la présence significative et simultanée de deux entreprises fondatrices ou plus sur le même marché que celui de l'entreprise commune, sur un marché situé en amont ou en aval ou sur un marché voisin étroitement lié à ce marché ;

— de la possibilité donnée aux entreprises concernées par leur coordination résultant directement de la création de l'entreprise commune d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits et services en cause. »

V. — QUELQUES RÉFLEXIONS SUSCITÉES PAR LES MODIFICATIONS INTRODUITES PAR LE RÈGLEMENT N° 1310/97

Les innovations introduites par le règlement n° 1310/97 appellent différentes observations.

Tout d'abord, on observera que seul le risque de coordination horizontale est pris en considération. Si l'affaire *Philip Morris* devait être décidée aujourd'hui, seul l'aspect structurel — à savoir le renforcement du pouvoir de Philip Morris sur le marché — serait pris en considération, et non les possibilités de collaboration entre Philip Morris et Rothmans auxquelles l'accord donnait naissance. Ceci constitue une consécration par le Conseil de la ligne suivie dans la communication de la Commission de 1994, laquelle en revenait à l'interprétation antérieure à 1982. L'on ne peut que s'en féliciter, pour les raisons déjà indiquées.

En outre, le préambule semble indiquer que l'application des critères de l'article 81 sera plus probable lorsque les fondatrices restent actives sur le marché de l'entreprise commune que lorsqu'elles conservent une présence sur des marchés en amont, en aval ou voisins de ce marché : en effet, dans ce dernier cas, ce n'est que « le cas échéant » que ces critères seront d'application. Cette différence est normale : le risque de coordination est nécessairement plus grand lorsque les marchés sur lesquels les entreprises fondatrices restent actives sont plus rapprochés.

Le préambule indique en outre que « l'appréciation de tous les aspects de la création de l'entreprise commune quant à la concurrence doit être effectuée dans le cadre de la même procédure ». Il en résulte que, lorsqu'elle conclut son examen au titre de l'article 2(4), la Commission ne délivre pas d'exemption formelle au sens de l'article 81(3), distincte de la décision sur la compatibilité de la concentration avec le marché commun. À l'occasion de cette décision, elle « tient compte » des critères de l'article 81(3), sans appliquer cette disposition de manière indépendante (1573).

(1573) Voy. les questions posées à cet égard par D. Berlin, « Concentrations, 1er janvier 1997 — 31 décembre 1997 », *Rev. trim. dr. eur.*, 1998, p. 365, 373.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Le système instauré par le règlement n° 1310/97 présente d'importants avantages pratiques, dans la mesure où il soumet toutes les entreprises communes « de plein exercice » à une procédure uniforme permettant l'adoption, dans des délais relativement brefs, de décisions en principe irrévocables (1574). Compte tenu de l'importance des investissements que, dans de nombreux cas, ces entreprises communes supposent, et des modifications importantes qu'elles entraînent dans le mode de gestion des entreprises fondatrices, de tels avantages apparaissent considérables. En outre, l'adoption d'un régime unique évite les incertitudes quant à la procédure de notification à adopter — règlement n° 17 ou règlement n° 4064/89 — dans les nombreux cas où des doutes sont permis quant à la nature concentrative ou coopérative de l'opération. S'il est vrai que la nouvelle procédure suppose qu'il s'agisse d'une entreprise commune « de plein exercice », cette notion, telle qu'elle a été définie par la Commission (1575), paraît répondre à une réalité économique plus facile à appréhender que celle d'entreprise commune « concentrative », dont le caractère ésotérique avait été souligné par la doctrine (1576) et dont l'interprétation par la Commission elle-même avait considérablement fluctué au cours du temps, ainsi que nous l'avons vu.

Le seul point sur lequel le nouveau règlement peut paraître trop timide concerne le traitement des entreprises communes dont l'objet est limité à la production. En effet, malgré les importants investissements que de telles entreprises rendent nécessaires, il ne s'agit pas, à strictement parler, d'entreprises « de plein exercice » puisqu'elles n'accomplissent qu'une seule des fonctions normales d'une entreprise. C'est pourquoi de telles entreprises communes continuent de relever des dispositions de l'article 81 et des procédures du règlement n° 17 (1577).

Sur le plan des principes, cependant, on ne saurait se dissimuler que le système nouveau suscite des interrogations. Il existe, en effet, une difficulté conceptuelle à vouloir intégrer dans le processus qui conduit à se prononcer sur ce qui est essentiellement un phénomène structurel des critères qui relèvent d'un examen du comportement des entreprises concernées sur le marché. En effet, ce comportement est sujet à évolution au cours du temps. C'est la raison pour laquelle l'article 8 du règlement n° 17 prévoit que l'exemption d'un accord au titre de l'article 81(3)

(1574) Aux termes de l'article 8(5) du règlement n° 4064/89, une décision autorisant une concentration ne peut être révoquée que lorsqu'elle repose sur des indications inexactes dont une des entreprises concernées est responsable, lorsqu'elle a été obtenue frauduleusement ou lorsque les entreprises concernées contreviennent à une charge dont est assortie cette décision.

(1575) Voy. la communication relative à la notion d'entreprises communes de plein exercice au sens du règlement n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *J.O.C.E.*, n° C 66, du 2 mars 1998, p. 1.

(1576) Voy. notamment Barry Hawk, « Concentrative/Cooperative Joint Ventures : Metaphysics and the Law », *Eur. Bus. Law Rev.*, 1992, p. 3.

(1577) Voy. la communication citée *supra*, à la note 25, n° 13.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

du traité peut être révoquée non seulement lorsqu'elle repose sur des indications inexactes ou que les intéressés contreviennent à une charge dont la décision a été assortie (1578), mais aussi lorsque la situation de fait se modifie à l'égard d'un élément essentiel ou que les intéressés abusent de l'exemption.

La Commission avait prévu la difficulté. L'article 1(7) de la proposition de règlement sur laquelle le Conseil s'est fondé (1579) permettait à la Commission de révoquer la décision d'autorisation d'une entreprise commune si la coordination du comportement des sociétés fondatrices permettait à celles-ci d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle du marché en cause. Toutefois, le texte définitif du règlement ne reprend pas cette possibilité.

Il en résulte, à notre avis, que la possibilité d'une révocation dans des conditions autres que celles prévues par l'article 8(5) du règlement n° 4064/89 (1580) doit être exclue. En effet, outre les arguments de texte — consistant principalement dans la comparaison de la proposition initiale de la Commission avec le texte définitif adopté par le Conseil et dans la comparaison du texte de l'article 8(5) du règlement n° 4064/89 avec celui de l'article 8(3) du règlement n° 17 — les considérations de sécurité juridique, dont par ailleurs plusieurs des dispositions du règlement tiennent compte (1581), s'opposent à une remise en cause *a posteriori* de la validité d'opérations de concentrations régulièrement autorisées par la Commission. Si on admettait qu'un changement de circonstances puisse motiver la révocation d'une décision autorisant une entreprise commune, notamment lorsque la coordination du comportement des sociétés mères aboutit à l'élimination de la concurrence, il n'y aurait aucune raison de ne pas admettre le même résultat lorsque l'autorisation concerne une concentration totale entre entreprises qui, par la suite, accroissent leur pouvoir de marché jusqu'au point où elles acquièrent une position dominante. Or, une telle possibilité de révocation semble difficile à admettre compte tenu du texte actuel de l'article 8(5) du règlement n° 4064/89.

Une autre difficulté créée par les modifications introduites par le règlement n° 1310/97 résulte de la différence de formulation entre les critères à utiliser pour apprécier l'aspect « concentration » d'une opération et ceux qui entrent en ligne de compte lorsqu'il s'agit d'en évaluer les aspects « coopératifs ». Dans le premier cas, en effet, il s'agit de juger si l'opération crée ou renforce une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière

(1578) Cas dans lesquels une décision autorisant une concentration peut, elle aussi, être révoquée.

(1579) *J.O.C.E.*, n° 350, du 21 novembre 1996, p. 10.

(1580) Voy. sur ce point *supra*, note 32.

(1581) Voy. le considérant n° 17 du préambule ainsi que l'article 7(5).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

significative dans le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci (1582). Dans le second, la Commission doit examiner si la possibilité de coordination résultant de la création de l'entreprise commune donne aux entreprises concernées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits ou services en cause (1583). Ceci correspond, presque littéralement, aux termes de l'article 81(3)(b). Or, ces derniers n'excluent pas nécessairement qu'une exemption soit accordée à un accord dont une des parties serait une entreprise en position dominante ou dont l'effet serait d'établir une position dominante. En effet, l'existence d'une position dominante ne suppose pas l'élimination de toute concurrence sur le marché en cause (1584). La Cour a expressément admis qu'un accord conclu par une entreprise dominante puisse être notifié en vue d'une exemption (1585). Il en résulte que la Commission ne pourrait refuser d'autoriser la création d'une entreprise commune si l'effet de coordination qui en est la conséquence aboutit à l'établissement d'une position dominante ; elle ne peut le faire que si *toute* concurrence sur le marché est éliminée. En revanche, s'agissant des changements structurels induits par la création de l'entreprise commune, la Commission doit refuser l'autorisation dès l'instant où il apparaît qu'une position dominante est établie sur le marché.

L'exécution donnée jusqu'ici par la Commission aux nouvelles règles introduites par le règlement n° 1310/97 ne jette pas beaucoup de lumière sur les problèmes qui nous occupent. En effet, dans tous les cas examinés jusqu'ici, la Commission a pu constater que, compte tenu des circonstances de l'espèce, il n'existait aucun risque de coordination entre sociétés mères ou que ce risque n'était pas appréciable (1586), même dans des cas où les sociétés mères demeuraient présentes sur le même marché que l'entreprise commune (1587).

VI. — CONCLUSION. PERSPECTIVES D'AVENIR

Malgré ces incertitudes, le règlement n° 1310/97 mérite d'être accueilli favorablement. Seul paraît critiquable le fait que les entreprises communes dont le rôle se limite à la production ne sont pas soumises au régime qu'il prévoit. Certes, de telles entreprises ne sont

(1582) Article 2(2) du règlement n° 4064/89.

(1583) Article 2(4) du règlement n° 4064/89, tel que modifié par le règlement n° 1310/97.

(1584) C.J.C.E., 14 février 1978, aff. 27/78, *United Brands*, *Rec.*, 1978, p. 207, attendu 113 ; 13 février 1979, aff. 85/76, *Hoffmann-La Roche*, *Rec.*, 1979, p. 461, attendu 39.

(1585) Arrêt *Hoffmann-La Roche* cité à la note précédente, attendu 116.

(1586) Voy. notamment J. Denness, in *Competition Policy Newsletter*, 1998, n° 3, octobre, p. 30, 32, qui discute les dix premiers cas d'application des nouvelles dispositions.

(1587) Voy. spécialement la décision de non-opposition dans l'aff. *IV/JV.14 — Panagora/DG Bank*, du 26 novembre 1998 (non publiée officiellement), dont il n'a pas pu être tenu compte dans l'étude citée à la note précédente.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

pas, à proprement parler, « de plein exercice ». Néanmoins, leur création implique souvent des investissements très considérables et une intégration poussée des fonctions. Dès lors, il serait justifié de leur permettre de bénéficier du même régime que les entreprises de plein exercice. C'est pourquoi on ne peut qu'espérer que le Conseil suivra l'invitation que lui a récemment faite la Commission (1588) d'étendre le champ d'application du règlement n° 4064/89 aux entreprises communes de production en soumettant celles-ci au double test de la dominance (1589) et de l'article 81 (1590).

(1588) Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité, Bruxelles, 28 avril 1999, n° 81.

(1589) Article 2(3) du règlement n° 4064/89.

(1590) Article 2(4) du règlement n° 4064/89.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Le contrôle des concentrations — le problème des entreprises communes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

II. Restrictions d'origine publique à la liberté des marchés

1. *L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative*

Pendant les dix premières années après l'entrée en vigueur du traité C.E.E., on s'est demandé si et, le cas échéant, à quelles conditions une mesure nationale indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés pouvait être considérée comme ayant un « effet équivalant à une restriction quantitative ». À l'origine, la Commission défendait une thèse prudente, alors que certains auteurs (dont j'étais) voulaient aller plus loin.

Commentaire J. Mégret, Le droit de la Communauté économique européenne,
Volume 1, *Le préambule, les principes, la libre circulation des marchandises*,
1re édition, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles,
1970, pp. 102-103.

3. Des mesures applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés peuvent-elles constituer des mesures d'effet équivalent au sens du traité si elles ont pour résultat de réduire le volume des importations ? Dans le rapport précité, la Commission exprime l'avis que pareilles mesures « ne constituent pas, dans la plupart des cas, des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives ». Elle ajoute

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

cependant qu'elle n'excluait pas que « les expériences qu'elle pourrait faire à l'avenir puissent lui apporter des éléments d'appréciation nouveaux » (1591).

Le traité interdisant toutes interdictions et restrictions d'importation autres que celles énumérées à l'article 36, une interdiction de commercialisation ou une mesure subordonnant la commercialisation à des conditions non justifiées en vertu de l'article 36 doit être considérée comme contraire à l'article 30, même si elle n'implique aucune discrimination entre marchandises nationales et marchandises importées (1592).

Le droit pour les États membres de réglementer leur commerce par des interdictions ou des restrictions d'importation est reconnu uniquement dans la mesure autorisée par l'article 36 ; il ne serait pas justifié de considérer comme compatibles avec le traité des dispositions nationales qui ne seraient pas couvertes par cet article. La Commission a d'ailleurs estimé, après examen du cas d'espèce, qu'une disposition augmentant, dans un État membre, la teneur minimum en azote de certains engrais admis à la commercialisation à un niveau supérieur à celui pratiqué jusqu'alors dans cet État membre constituait une mesure d'effet équivalent (1593).

* * *

On sait que, dans son célèbre arrêt « Cassis de Dijon », la Cour allait se rallier à l'interprétation large de la notion de mesure d'effet équivalent (1594), estimant qu'une réglementation nationale, même indistinctement applicable, ayant pour effet d'entraver la libre circulation des marchandises, devait être considérée comme incompatible avec le traité si elle n'était pas justifiée par une exigence impérative d'intérêt général.

À mon avis, l'application de l'article 30 exigeait que la mesure ait un caractère discriminatoire : une mesure dont les effets restrictifs sur les échanges se feraient sentir exactement de la même manière à l'égard des produits nationaux qu'à l'égard des produits importés relevait, à mon avis, du pouvoir des États membres de réglementer leur commerce et échappait par conséquent à l'interdiction.

(1591) 1er *Rapp. gén. sur l'activité des Communautés*, n° 22, p. 43.

(1592) P. VerLoren van Themaat, « Bevat Artikel 30 van het E.E.G.-Verdrag slechts een non-discriminatiebeginsel t.a.v. invoerbeperkingen ? » *S.E.W.*, 1967, p. 632 ; voy. pourtant *contra* : R.C. Beraud, *op. cit.*, p. 288 à 290 ; M. Seidel, « Der E.W.G.-rechtliche Begriff der Massnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmässige Beschränkung », *N.J.W.*, 1967, p. 2081.

(1593) Voy. réponse complémentaire à la question n° 118 de M. Deringer, *J.O.C.E.*, 29 mars 1967 ; voy. aussi Civ. Bruxelles, 9 juin 1966, *Pas.*, 1966, III, p. 120 ; *J.T.*, 1968, p. 98 ; *Cah. dr. eur.*, 1968, p. 550, note J.-L. Fagnart.

(1594) Arrêt du 20 février 1979, aff. 120/78, *Rewe-Zentrale*, *Rec.* 1979, p. 649.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

« Mesures d'effet équivalent, discrimination formelle et matérielle dans la jurisprudence de la Cour de Justice »,
Liber Amicorum Frédéric Dumon, Tome II,
Anvers, Kluwer, 1983, pp. 1329-1343.

1. L'INTERDICTION DES MESURES D'EFFET ÉQUIVALANT À DES RESTRICTIONS QUANTITATIVES

1. Portée de l'interdiction

L'article 30 du Traité C.E.E. prévoit que : « Les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres, sans préjudice des dispositions ci-après ». Au cours de la période de transition, les restrictions quantitatives et les mesures d'effet équivalent devaient être progressivement supprimées (article 33). Les États membres ne pouvaient introduire de nouvelles restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent (article 31) ni rendre plus restrictifs les contingents et les mesures d'effet équivalent existant à la date d'entrée en vigueur du Traité (article 32). Les restrictions quantitatives à l'exportation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, devaient être supprimées au plus tard à la fin de la première étape de la période de transition, à savoir le 31 décembre 1961 (article 34).

Il en résulte que, depuis le 1er janvier 1970 (fin de la période de transition), toute mesure ayant un effet « équivalant à une restriction quantitative » est interdite dans les relations entre les États membres.

2. Mise en œuvre de l'interdiction

En vertu de l'article 33, paragraphe 7, du traité, la Commission avait le pouvoir d'ordonner la suppression des mesures d'effet équivalent existant au moment de l'entrée en vigueur du traité. Dans l'exercice de ce pouvoir, la Commission a adressé aux États membres cinq directives (1595), dont la

(1595) Directive 64/486 de la Commission, du 28 juillet 1964, portant suppression progressive d'une mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation de pommes de terre en République Fédérale d'Allemagne, *J.O.C.E.*, 20 août 64 ; Directive n° 66/682 de la Commission, du 7 novembre 1966, portant suppression de dispositions législatives, réglementaires et administratives qui subordonnent l'importation d'un produit qui, en vertu des articles 9 et 10 du traité, doit être admis à la libre circulation à l'exportation ou bien à l'achat ou à la vente du même ou d'un autre produit national, *J.O.C.E.*, 30 novembre 66, n° 220 ; Directive n° 66/683 de la Commission, du 7 novembre 1966, portant élimination de toute différence de traitement entre les produits nationaux et les produits qui, en vertu des articles 9 et 10 du traité, doivent être admis à la libre circulation, en ce qui concerne les dispositions législatives, réglementaires et administratives qui interdisent l'utilisation desdits produits importés et qui imposent l'utilisation de produits nationaux ou qui subordonnent un bénéfice à cette utilisation, *J.O.C.E.*, 30 novembre 66, n° 220 ; Directive n° 70/32 de la Commission, du 17 décembre 1969, concernant les fournitures

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

plus importante est sans conteste la directive n° 70/50, adoptée à la veille de l'expiration de la période de transition et qui porte « suppression des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du Traité C.E.E. ».

Aucune de ces directives n'a fait l'objet d'un recours de la part des États membres. Il s'ensuit que, pour ce qui concerne les mesures visées qui existaient lors de l'entrée en vigueur du traité, leur force obligatoire ne saurait être contestée par les États membres.

Ceci ne signifie toutefois pas que ces directives, et notamment la directive n° 70/50, donnent une interprétation exhaustive de la notion de « mesure d'effet équivalent ». Seule la Cour de Justice est compétente pour préciser le contenu de cette notion avec effet obligatoire pour l'ensemble de la Communauté. Il s'ensuit que le fait qu'une mesure nationale ne tombe pas sous le coup des dispositions d'une des directives adoptées par la Commission ne signifie pas que cette mesure ne puisse avoir un effet « équivalant à une restriction quantitative » au sens de l'article 30. Les directives de la Commission constituent une interprétation, dénuée de force obligatoire pour la Cour (1596).

3. La notion de « mesure »

Aux termes de la directive n° 70/50, il faut entendre par « mesures » au sens des articles 30 et suivants : « les dispositions législatives, réglementaires et administratives, les pratiques administratives, ainsi que tous actes émanant d'une autorité publique, y compris les incitations » (1597). Par « pratiques administratives » il y a lieu d'entendre « tout comportement d'une autorité publique uniforme et régulièrement suivi ». Par « incitations », il y a lieu d'entendre « tous actes émanant d'une autorité publique qui, sans lier juridiquement leurs destinataires, déterminent ceux-ci à tenir un certain comportement » (1598). Ces définitions sont généralement approuvées par la doctrine (1599). La doctrine admet

---

de produits à l'État, à ses collectivités territoriales et aux personnes morales de droit public, *J.O.C.E.*, L 13 du 19 janvier 1970, 1 ; Directive n° 70/50 de la Commission, du 22 décembre 1969, fondée sur les dispositions de l'article 33 paragraphe 7, portant suppression des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du traité, *J.O.C.E.*, n° L 13 du 19 janvier 1970, 29.

(1596) Voyez en ce sens Veelken, W., Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen, *Europarecht*, 1977, 311 et 313, note 9 ; Mestmäcker, E.J., *Vereinbarkeit von Preisregelungen auj dem Arzneimittelmarkt mit dem Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Baden-Baden, 1979, 29.

(1597) Voyez premier considérant.

(1598) Voyez deuxième considérant.

(1599) Voyez notamment Béraud, R.C., *Les mesures d'effet équivalent au sens des articles 30 et suivants du Traité de Rome*, *R.T.D.E.*, 1968, 265 et 278-280 ; Mattera, A., *Libre circulation des marchandises et articles 30 a 36 du Traité C.E.E.*, *R.M.C.*, 1976, 500 et 505 ; Dona Viscardini, W., *Les mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives*, *R.M.C.*, 1973, 224 et 227-228.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

même que la notion peut recouvrir une carence de la part des autorités publiques dans la mise en œuvre des moyens dont elles disposent pour que la libre circulation des marchandises ne soit pas entravée (1600).

4. La notion d'« équivalence » a une restriction quantitative

Le propre d'une restriction quantitative est de limiter la quantité des marchandises qui peuvent être importées ou exportées. Il n'est donc pas étonnant que la mesure d'effet équivalent ait été définie par rapport à l'effet qu'elle a sur les importations ou les exportations. Dès 1968, dans son *Premier rapport général sur l'activité des Communautés*, la Commission exprimait l'avis que la notion comprend toutes les mesures « qui font obstacle à des importations ou à des exportations, y compris celles qui rendent les importations ou les exportations plus onéreuses ou plus difficiles au regard de l'écoulement de la production nationale sur le marché national ». Cette définition a été reprise par la Commission dans la Directive n° 70/50 (1601).

Cette définition laisse dans l'ombre la question de savoir s'il est nécessaire de prouver que la mesure affecte directement et actuellement les importations ou les exportations. Dans son arrêt *Dassonville* du 11 juillet 1974, la Cour de Justice s'est servie d'une formule large : constitue une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire » (1602). Cette formule a été reprise, avec quelques variantes (1603), dans de nombreux arrêts postérieurs (1604). On peut considérer qu'il s'agit d'une jurisprudence constante.

5. L'effet restrictif doit-il être prouvé ?

Il résulte de la définition de l'arrêt *Dassonville* qu'il n'est pas nécessaire d'établir que la mesure a, en fait, pour conséquence de restreindre les échanges. La Cour l'a confirmé explicitement dans un arrêt du 20 février

(1600) Mattera, A., *o.c.*, 505.

(1601) Voyez considérants 4 à 7, de même que l'art. 2 § 1er.

(1602) Aff. 8/74, *Rec.*, 1974, 837 et 852.

(1603) Ainsi, on retrouve dans plusieurs arrêts la formule suivante : « Aux fins de cette interdiction (de l'article 30), il suffit que les mesures en question soient aptes à entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, les importations entre États membres ». Il ne semble pas qu'il faille attacher d'importance à ces différences de formulation.

(1604) Voyez ainsi, récemment, l'arrêt du 6 novembre 1979, aff. jointes 16 à 20/79, *Danis et autres*, *Rec.*, 1979, 3327.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

1975 (1605) : « aux fins de cette interdiction, il n'est pas nécessaire d'établir que de telles mesures restreignent effectivement les importations des produits concernés ».

Cette conséquence est généralement acceptée par la doctrine (1606).

Il n'est donc pas nécessaire d'établir qu'une diminution quantitative de la circulation des marchandises entre les États membres s'est produite concrètement (1607) (16.12.86, 124/85, Comm. c. Rép.).

Ceci ne signifie toutefois pas qu'une possibilité simplement théorique de restreindre les échanges puisse suffire. Il faut, dans chaque cas, démontrer que la mesure est « apte », compte tenu du contexte économique dans lequel elle se situe, à entraver les importations ou les exportations. Il n'existe pas en ce domaine d'interdiction *per se* (1608).

6. Mesures concernant la commercialisation sur le marché intérieur

Pour être interdite, il n'est pas nécessaire que la mesure atteigne les marchandises au moment ou en raison du franchissement de la frontière. Une mesure restreignant ou limitant la possibilité pour les marchandises importées de trouver des débouchés sur le marché national entraîne une entrave à l'importation visée par l'article 30. Ainsi, la Commission range parmi les mesures d'effet équivalent celles qui interdisent l'utilisation des produits importés ainsi que celles qui imposent l'utilisation des produits nationaux ou qui subordonnent un bénéfice à cette utilisation (1609). Dans un arrêt du 12 octobre 1978 (1610), la Cour a affirmé que constitue une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative la mesure faisant entre producteurs nationaux une distinction suivant que les matières premières ou les produits demi-finis à partir desquels ils sont fabriqués ont été ou non produits ou traités sur le terri-

(1605) Aff. 12/74, *Commission c/République Fédérale d'Allemagne*, affaire du « Sekt », *Rec.*, 1975, 181 et 199.

(1606) Voyez déjà en ce sens Seidel, M., Der E.W.G.-rechtliche Begriff der « Massnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmässige Beschränkung », *N.J.W.*, 1967, 2081 et 2083, selon qui la « possibilité théorique de restreindre les échanges » suffit. Voyez aussi Ehle, D., *Massnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen une ihre Abschaffung im Gemeinsamen Markt*, *A.W.D.*, 1967, 453, 454 ; Ehlermann, C.D., in Groeben-Boeckh-Thiesing, *Kommentar zum E.W.G.-Vertrag*, *Vorbemerkung zu Artikel 30-36*, I A 43, 12 ; Béraud, R.C., *o.c.*, 285 ; Mattera, A., *o.c.*, 506 ; Dona Viscardini, W., *o.c.*, 231.

(1607) Conclusions de l'Avocat général Trabucchi dans l'affaire *Dassonville*, *Rec.*, 1974, 837 et 859.

(1608) Voyez en ce sens, du moins en ce qui concerne les réglementations de prix : VerLoren van Themaat, P., *De gemeenschapsrechtelijke grenzen van het nationale prijsbeleid*, *S.E.W.*, 1976, 401 et 403.

(1609) Directive n° 66/683 de la Commission du 7 novembre 1966, *J.O.C.E.*, n° 220 du 30 novembre 1966. Voyez aussi Ehlermann, C.D., *o.c.*, 12-13 ; Mattera, A., *o.c.*, 506.

(1610) Aff. 13/78, Eggers, *Rec.*, 1978, 1935, 1956.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

toire national. Il en résulte que l'interdiction s'applique aux mesures qui, quoique ne concernant que les produits nationaux, restreignent indirectement l'importation des produits étrangers entrant dans la composition de ces produits nationaux.

7. Mesures favorisant la commercialisation d'une partie de la production nationale

Une mesure restreignant les importations ne perd pas son caractère de mesure d'effet équivalent du seul fait qu'elle limite aussi les débouchés d'une partie de la production nationale (1611). Il n'est pas nécessaire que l'ensemble de la production nationale soit favorisée pour que la restriction d'importation soit interdite. Ainsi, la Cour a considéré que la réglementation française relative à la publicité des boissons alcoolisées constituait une mesure d'effet équivalent nonobstant le fait qu'un nombre appréciable de produits nationaux tombaient sous les prohibitions et les restrictions prévues. En effet, les classifications qui déterminaient l'application de ces dispositions avaient, de manière générale, pour effet de défavoriser les produits importés d'autres États membres par rapport aux produits nationaux (1612).

8. Mesures rendant les importations impossibles

Il résulte des définitions données tant par la Commission que par la Cour que les mesures dont l'effet est de rendre les importations ou les exportations impossibles constituent nécessairement des mesures d'effet équivalent. Il s'agit, en effet, de la forme la plus extrême de restriction aux échanges (1613).

Il n'est pas nécessaire de démontrer que ces mesures ont un caractère protectionniste à l'égard des produits nationaux. Même en l'absence de toute production nationale concurrente, une mesure qui interdit toute importation d'un produit donné à partir des autres États membres produit un effet équivalant à celui d'une restriction quantitative (1614).

(1611) Ehlermann, C.D., *o.c.*, 13.

(1612) C.J. 10 juillet 1980, aff. 152/78, *Commission c. France*, att. 13-14, *Rec.*, 1980, 2299.

(1613) C.J. 14 déc. 1979, aff. 34/79, *Henn et Darby*, attendu 12, *Rec.*, 1979, 3795.

(1614) Béraud, R.C., *o.c.*, 286-287; Dona Viscardini, W., *o.c.*, 230; Page, H.C., *The Concept of Measures Having an Effect Equivalent to Quantitative Restrictions*, *European Law Review*, 1977, 105, 107.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

9. Mesures rendant les importations plus difficiles

Il n'est pas nécessaire pour que l'article 30 s'applique que l'importation ou l'exportation soit rendue impossible : il suffit qu'elle soit rendue plus difficile. Déjà dans son arrêt du 12 juillet 1973 (1615) la Cour a affirmé : « que l'interdiction des restrictions quantitatives vise des mesures ayant le caractère de prohibition, totale ou partielle, d'importation, d'exportation ou de transit, suivant le cas ; que des mesures d'effet équivalent sont non seulement celles se présentant sous la forme de prohibition ainsi caractérisée, mais aussi d'entraves, quelle que soit leur appellation ou leur technique, ayant le même effet. »

De même, la Directive n° 70/50 range parmi les mesures d'effet équivalent celles qui « rendent les importations soit impossibles *soit plus difficiles ou onéreuses* que l'écoulement de la production nationale » (1616).

Dans son arrêt du 10 juillet 1980, la Cour a considéré qu'une limitation apportée aux possibilités de publicité pour certains produits peut constituer une mesure d'effet équivalent au sens de l'article 30. Une telle limitation, bien qu'elle ne conditionne pas directement les importations, est cependant de nature à restreindre le volume de celles-ci par le fait qu'elle affecte les possibilités de commercialisation pour les produits importés (1617).

10. Formalités d'importation ou d'exportation

On s'est demandé si les formalités, telles que des licences ou des visas, qui doivent être accomplies en vue de pouvoir réaliser une importation ou une exportation, constituent des mesures d'effet équivalent lorsque la licence ou le visa est délivré automatiquement et sans délai.

La Commission, tout en reconnaissant que pareilles formalités sont une source de retard et de frais et constituent dès lors une gêne à la réalisation d'un véritable marché commun, a longtemps considéré qu'elles étaient compatibles avec les obligations découlant des articles 30 et suivants du traité (1618).

La Cour de Justice s'est montrée plus sévère sur ce point. Dans un arrêt du 15 décembre 1971 (1619), elle a déclaré que dans les rapports

(1615) Aff. 2/73, *Geddo*, *Rec.*, 1973, 865 et 879.

(1616) 4e considérant (C'est nous qui mettons en italique).

(1617) C.J. 10 juillet 1980, aff. 152/78, *Commission c. France*, *Rec.*, 1980, 2299.

(1618) Réponse à la Question Écrite n° 83/71 de Dröscher, M., *J.O.C.E.*, n° C 68 du 8.7.71, 9 ; Voy. aussi Directive n° 70/50, selon laquelle : « Les formalités à l'accomplissement desquelles l'importation est subordonnée n'ont pas, en principe, un effet équivalant à celui des restrictions quantitatives » (3e considérant et art. 2 § 2).

(1619) Aff. jointes 51 à 54/71, *International Fruit*, *Rec.*, 1971, 1107 et 1116 ; voy. aussi l'arrêt du 3 février 1977, aff. 53/76, Bouhelier, *Rec.*, 1977, 197 et 204.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

entre les États membres, les articles 30 à 34 font obstacle à l'application « d'une législation nationale qui maintiendrait l'exigence, *même purement formelle*, de licences d'importation ou d'exportation ou tout autre procédé similaire » (1620).

11. L'effet doit-il être sensible ?

La thèse a parfois été avancée que, comme en matière d'application des règles de concurrence aux entreprises (1621), le traité n'interdirait les entraves étatiques au commerce entre États membres que lorsqu'elles ont un caractère « sensible » (1622).

Cette thèse ne nous paraît pas pouvoir être suivie. Elle a été rejetée catégoriquement par la Cour dans la matière des taxes d'effet équivalant à des droits de douane (1623) et son application en matière de mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives paraîtrait difficilement compatible avec les objectifs du traité (1624).

12. Mesures canalisant les importations entre états membres

L'article 30 ne vise pas seulement les mesures qui entravent les importations en provenance de l'ensemble des autres États membres ; il vise aussi celles qui n'affectent que certains courants d'importation.

Ainsi, dans l'arrêt *Sacchi* (1625), la Cour a affirmé que si une entreprise publique nationale bénéficiant de l'exclusivité de l'émission de messages publicitaires télévisés utilise son droit d'exclusivité « pour favoriser, au sein de la Communauté, certains courants d'échanges ou certains opérateurs économiques par rapport à d'autres », on se trouvait en présence d'une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative.

De même dans l'arrêt *Dassonville* (1626), la Cour a considéré qu'une mesure rendant plus difficile l'importation de produits régulièrement en libre pratique dans un autre État membre que l'importation du même produit en provenance directe du pays d'origine constituait, elle aussi, une mesure d'effet équivalent interdite.

(1620) C'est nous qui mettons en italique.

(1621) C.J. 9 juillet 1969, aff. 5/69, *Völk*, *Rec.*, 1969, 295 et 302-303.

(1622) Voyez observations de la République Fédérale d'Allemagne dans l'affaire 4/75, *REWE*, *Rec.*, 1975, 843 et 850.

(1623) C.J., 1er juillet 1969, Aff. 24/68, *Commission c/ Italie*, *Rec.*, 1969, 193 ; aff. jtes 2 et 3/69, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders*, *Rec.*, 1969, 211.

(1624) Conclusions de l'Avocat général Reischl dans l'affaire 4/75 précitée, *Rec.*, 1975, 865, 14.3.85, 269/83, Com. c. fr. 5.6.86, 103/84, Com. c. fr.

(1625) *Rec.*, 1974, 428.

(1626) *Rec.*, 1974, 852.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

L'arrêt *De Peijper* (1627) considère comme une mesure d'effet équivalent « une réglementation ou pratique qui conduit à canaliser les importations en ce sens que seuls certains opérateurs économiques peuvent y procéder, alors que d'autres s'en voient exclus ».

Comme le faisait remarquer Monsieur l'Avocat Général Mayras dans ses conclusions dans l'affaire *De Peijper* (1628), de telles mesures sont discriminatoires car elles aboutissent à traiter celui qui importe les marchandises directement du pays d'origine différemment de celui qui les importe après qu'elles aient été déjà mises sur le marché d'un autre État membre. En effet, il y a discrimination dès lors que certains produits importés sont traités différemment en raison de leur provenance (1629).

2. LE PROBLÈME DES « MESURES INDISTINCTEMENT APPLICABLES »

1. Discrimination « formelle » et discrimination « matérielle »

Il est généralement admis que, si une mesure étatique établit formellement une différence entre produits nationaux et produits importés, réservant un sort moins favorable à ces derniers, elle constitue une mesure d'effet équivalent interdite (1630). Dans son arrêt *Bouhelier* du 3 février 1977, la Cour de Justice a affirmé que, lorsque des normes de qualité obligatoirement exigées ne s'appliquent qu'aux produits destinés à l'exportation et ne s'imposent pas aux produits commercialisés à l'intérieur d'un État membre, il en résulte une « discrimination arbitraire entre ces produits, constitutive d'une entrave aux échanges intracommunautaires régis par l'article 34 du traité » (1631).

Là ne s'arrête pas la portée de l'interdiction. Comme le rappelait l'Avocat Général Lagrange dans ses conclusions précédant l'arrêt du

(1627) *Rec.*, 1976, 635.

(1628) *Rec.*, 1976, 647.

(1629) Voyez cependant Veelken, W., *o.c.*, 332-333, selon qui la Cour, à la différence de son Avocat Général, ne se serait pas fondée sur le fait que les mesures en cause affectaient les importations en provenance d'un État déterminé. Nous croyons, au contraire, que la Cour a pris cette circonstance en considération. En effet, la Cour affirme que : « Des mesures nationales comme *celle dont il s'agit* produisent un effet équivalant à celui d'une restriction quantitative... ». Ceci nous semble indiquer que la Cour a pris en considération l'effet concret que la mesure en cause produisait sur les flux d'importation en provenance du Royaume-Uni.

(1630) Seidel, M., *o.c.*, 2084 ; Béraud, R.C., *o.c.*, 281 et suiv. ; Ehle, D., *o.c.*, 455 ; Winkel, K., *Die Vereinbarkeit staatlicher Preislenkungsmassnahmen mit dem E.W.G.-Vertrag*, *N.J.W.*, 1976, 2048 et 2050 ; Mattera, A., *o.c.*, 506. ; Veelken, W., *o.c.*, 316. Voyez cependant *contra* : Ulmer, P., *Zum Verbot mittelbarer Einfuhrbeschränkungen im E.W.G.-Vertrag*, *GRUR-AIT*, 1973, 502, 508 et suiv., selon qui les mesures qui différencient formellement les produits nationaux et les produits importés ne sont interdites que lorsque leurs effets restrictifs sur les échanges dépassent la mesure nécessaire. Cette opinion est demeurée isolée.

(1631) *Rec.*, 1977, 197 et 205.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

17 juillet 1963 (1632), il est bien connu que le principe de non-discrimination a un double aspect, aussi bien positif que négatif : la discrimination consiste autant à traiter également des situations non comparables qu'à traiter inégalement des situations comparables. La jurisprudence internationale est dans le même sens. Dans un avis consultatif rendu par la Cour Permanente de Justice Internationale, le 6 avril 1935, cette haute juridiction a décidé que « l'égalité en droit exclut toute discrimination : l'égalité en fait peut en revanche rendre nécessaire des traitements différents en vue d'arriver à un résultat qui établisse l'équilibre entre des situations différentes » (1633).

Ce double aspect a été reconnu par la Cour de Justice dans son arrêt du 17 juillet 1963. La Cour y affirme : « que le traitement différent de situations non comparables ne permet pas de conclure automatiquement à l'existence d'une discrimination ; qu'une apparence de discrimination formelle peut donc correspondre, en fait, à une absence de discrimination matérielle ; que la discrimination matérielle aurait consisté à traiter, soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes » (1634).

Il en résulte qu'une mesure étatique s'appliquant sans distinction aux produits nationaux et aux produits importés peut être constitutive d'une discrimination matérielle si, en fait, la situation particulière des produits importés aurait justifié un traitement différent de celui réservé aux produits nationaux. Elle sera alors, au même titre que les mesures entraînant une discrimination formelle à l'encontre des produits importés, une mesure d'effet équivalent. Cette conséquence a été consacrée par la Cour de Justice dans ses arrêts du 30 septembre 1975 dans des affaires d'importation de vins italiens en France (1635). La Cour y a affirmé que les États membres ne peuvent se servir de présomptions légales de suralcoolisation à des fins de contrôle qu'à la condition que l'application qui est faite de la présomption ne soit pas de nature à défavoriser les vins d'autres États membres. Elle a ajouté : « que tel serait le cas, par exemple, si la possibilité d'infirmer la présomption n'était pas ouverte, en droit *ou en fait*, pour des vins originaires d'un autre État membre, dans la même mesure et dans les mêmes conditions que pour les vins nationaux » (1636).

De même, une mesure imposant des conditions identiques aux marchandises importées et aux marchandises nationales (notamment en matière de qualité, de composition, d'emballages, de dénominations)

(1632) Aff. 13/63, *Italie c/ Commission* (affaire des réfrigérateurs), *Rec.*, IX, 335 et 384-385.
(1633) C.P.J.I., *Publications*, Série A/B, n° 64, 19 (affaire des écoles minoritaires d'Albanie).
(1634) *Rec.*, IX, 360.
(1635) Aff. jointes 89/74, 18 et 19/75, *Arnaud*, et aff. jointes 10 à 14/75, *Lahaille*, *Rec.*, 1975, 1023 et 1053.
(1636) *Rec.*, 1975, 1036 et 1071.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

peut entraîner une discrimination matérielle lorsque le respect de ces conditions entraîne pour les producteurs étrangers des frais plus élevés que pour les producteurs nationaux (1637).

2. Les mesures « indistinctement applicables » dans la directive 70/50 de la Commission

La Commission s'est prononcée, dans sa directive 70/50, sur la compatibilité avec l'article 30 des mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés. Elle considère qu'en principe les effets restrictifs que ces mesures peuvent produire n'entrent pas dans le champ de l'interdiction de l'article 30 car ils sont « normalement inhérents aux disparités des réglementations appliquées par les États membres en la matière ». Elle ajoute toutefois qu'il peut en être autrement lorsque ces effets restrictifs « dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce ». Tel est notamment le cas lorsqu'ils sont « hors de proportion par rapport au résultat recherché » ou lorsque le même objectif « peut être atteint tout aussi bien par un autre moyen qui entrave le moins les échanges » (1638).

La position de la Commission a été explicitée dans le *Sixième rapport général sur l'activité des Communautés* (1639). Après avoir défini la mesure d'effet équivalent comme celle qui « fait obstacle, totalement ou partiellement, aux importations ou aux exportations qui pourraient avoir lieu en son absence », la Commission ajoute : « L'on ne saurait néanmoins condamner en tant que mesure d'effet équivalent toute mesure qui fait obstacle aux échanges en raison de cet effet, car certaines mesures sont déjà visées par le traité sous leur dénomination propre (droit de douane, taxe, aide) et d'autres sont en elles-mêmes permises en tant qu'expression ou moyen d'expression de certains pouvoirs explicitement ou *implicitement* (1640) retenus par les États membres. C'est le cas, par exemple, en l'absence de réglementations communautaires, de réglementations de commerce ou de procédures de dédouanement. Dès lors qu'une mesure est licite, parce qu'elle rentre dans le cadre des facultés dont disposent les États membres, elle ne saurait être considérée comme illégale en raison de l'effet restrictif sur les importations ou les exportations qu'elle comporte si cet effet lui est inhérent. Les mesures d'une telle nature ne sont à qualifier de mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives que si leur effet restrictif sur les échanges dépasse ce qui est nécessaire à la réali-

(1637) Ehlermann, C.D., *o.c.*, 12-13.
(1638) Voy. Directive n° 70/50, considérants 8 à 11 et art. 3.
(1639) 1972, chap. VII, n° 588.
(1640) C'est nous qui mettons en italique.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

sation de l'objectif poursuivi, cet objectif devant être, bien entendu, conforme au droit communautaire. »

L'interprétation de la Commission a été approuvée par plusieurs auteurs (1641).

La Commission fait ainsi une distinction très nette entre les mesures qui établissent formellement une discrimination au préjudice des produits importés et celles qui s'appliquent sans distinction aux produits nationaux et aux produits importés. Alors que les premières sont interdites sans autre examen (1642), les secondes ne le sont que si leur effet restrictif est excessif (1643). On a parfois affirmé que la distinction ainsi faite rejoignait celle entre discrimination formelle et discrimination matérielle (1644). Nous ne sommes pas de cet avis. En effet, alors que la jurisprudence de la Cour met sur le même plan la discrimination formelle et la discrimination matérielle (1645), la Directive accorde à la mesure indistinctement applicable un certain préjugé favorable : les effets restrictifs auxquels elle peut donner naissance ne sont pas interdits *de plano*, ils ne le sont que lorsqu'ils dépassent le cadre des effets propres de la réglementation en cause.

En réalité, la Directive ne se fonde pas sur l'équivalence discrimination formelle – discrimination matérielle (1646) ; elle se fonde essentiellement sur l'interdiction de la discrimination formelle, tout en la complétant par une interdiction des mesures qui, quoique non formellement discriminatoires, ont des effets restrictifs « excessifs » (1647).

3. Critique de la distinction faite par la commission

La distinction faite par la Commission entre mesures formellement discriminatoires et mesures indistinctement applicables a fait l'objet de nombreuses critiques en doctrine.

(1641) Béraud, R.C., *o.c.* ; Ehlermann, C.D., *Die Bedeutung des Artikels 36 E.W.G. für die Freiheit des Warenverkehrs*, *Europarecht*, 1973, 1 et suiv. ; Dona-Viscardini, W., *Les mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives*, *R.M.C.*, 1973, 224 et suiv. ; Mattera, A., *o.c.*, 507 et suiv. Il n'est pas indifférent de relever que, quoique ces auteurs se soient exprimés en leur nom personnel, ils appartenaient tous aux services de la Commission lorsqu'ils rédigèrent les articles en question.

(1642) Voy. les exemples énumérés à l'art. 2 § 3 de la Directive.

(1643) Voy. art. 3 de la Directive.

(1644) Koppensteiner, H.G., *Vertikale Preisbindung durch Gesetz als Massnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmässige Einfuhrbeschränkung*, *R.I.W./AWD*, 1977, 581 et 590 ; Sabiani, F., *L'incidence du droit de la Communauté économique européenne sur la réglementation française des prix*, *R.T.D.E.*, 1974, 470 et 497.

(1645) Arrêt du 17 juillet 1963, affaire des réfrigérateurs italiens, précitée.

(1646) Veelken, W., *o.c.*, 318.

(1647) Winkel, K., *o.c.*, 2050.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

a. Possibilité de tourner l'interdiction

Sur le plan pratique, on a fait valoir qu'il était peu satisfaisant de réserver un traitement plus sévère aux premières qu'aux secondes, étant donné que, dans de nombreux cas, il est facile de donner une forme indistinctement applicable à une mesure dont l'objectif véritable est d'entraver les importations ou les exportations (1648).

En outre, en établissant en faveur des dispositions indistinctement applicables une sorte de « présomption de licéité » (1649), la Directive aboutit à laisser à la Commission (ou à l'opérateur économique concerné) la charge de prouver le caractère « excessif » de la mesure, alors qu'il semblerait plus normal que ce fût à l'État membre de faire la preuve que la mesure est justifiée *malgré* ses effets restrictifs.

b. Incompatibilité avec le système général du traité de la notion de pouvoir « implicitement retenu »

La notion de pouvoir « implicitement retenu » par les États membres paraît difficile à concilier avec le système général du traité. La jurisprudence de la Cour a toujours insisté sur le caractère fondamental que présentent les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises pour la réalisation des objectifs de la Communauté. Le traité contient des dispositions expresses, notamment l'article 36, permettant de déroger à la libre circulation des marchandises dans la mesure nécessaire pour protéger les intérêts légitimes des États membres. De nombreux arrêts insistent sur le caractère limitatif des exceptions consenties en faveur des États membres. Ainsi, dans son arrêt du 10 décembre 1968 (1650), la Cour a affirmé que les exceptions à la « règle fondamentale » de la libre circulation des marchandises sont d'interprétation stricte : « pour pouvoir se prévaloir de l'article 36, les États membres doivent se maintenir à l'intérieur des limites tracées par cette disposition en ce qui concerne tant l'objectif à atteindre que la nature des moyens ». Dans son arrêt du 14 décembre 1968 (1651), elle précise que les dispositions dérogatoires telles que les articles 36, 224 et 226 concernent « des hypothèses exceptionnelles, bien délimitées et ne se prêtant à aucune interprétation extensive ». De même, selon l'arrêt du 15 décembre 1976 (1652), « l'article 36

(1648) Ulmer, P., *o.c.*, 508-509 ; Waelbroeck, M., *Les réglementations nationales de prix et le droit communautaire*, Bruxelles, 1975, 27 ; Meij, A.W.H., et Winter, J.A., *Measures Having an Effect Equivalent to Quantitative Restrictions*, *CML Rev.*, 1976, 79 et 90 ; Matthies, H., *Die Verantwortung der Mitgliedstaaten für den freien Warenverkehr im Gemeinsahmen Markt*, in *Festschrift für Hans Peter Ipsen*, Tübingen, 1977, 669, 670-671.

(1649) Voy. en ce sens Marchini Camia, A., *Disciplina C.E.E. della concorrenza e prezzi imposti sui prodotti*, *D.C.S.I.*, 1979, 379 et 382.

(1650) Aff. 7/68, *Commission c/Italie* (Affaire des Objets d'art), *Rec.*, 1968, 617 et 628.

(1651) Aff. 13/68, *Salgoil*, *Rec.*, 1968, 661 et 676.

(1652) Aff. 35/76, *Simmenthal*, *Rec.*, 1976, 1871 et 1886.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

n'a pas pour but de réserver certaines matières à la compétence exclusive des États membres mais admet que les législations nationales fassent exception au principe de la libre circulation, dans la mesure où cela est et demeure justifié pour atteindre les objectifs visés à cet article. »

Enfin, l'arrêt du 25 janvier 1977 (1653) énonce, lui aussi, que l'article 36 doit être interprété restrictivement et n'autorise pas des mesures autres que celles visées aux articles 30 a 34.

Devant une jurisprudence aussi ferme, il serait pour le moins hasardeux de considérer que des entraves à l'importation ou à l'exportation non couvertes par une clause dérogatoire expresse du traité puissent être justifiées par la circonstance qu'elles sont « applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés » (1654).

Il est d'ailleurs frappant de constater que les mesures visées par l'article 36 sont, dans leur grande majorité, appelées à s'appliquer indistinctement aux produits importés et aux produits nationaux. Si les auteurs du traité ont estimé nécessaire de consacrer une disposition explicite en vue d'établir leur licéité, c'est bien parce qu'ils considéraient que ces mesures auraient sinon été interdites. De même, la précision contenue à la dernière phrase de l'article 36, selon laquelle « ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres » ne s'explique que si l'on admet que les restrictions visées par l'article 36 consistent normalement en des mesures indistinctement applicables (1655).

Si des mesures indistinctement applicables n'étaient interdites que lorsqu'elles restreignent les échanges dans une mesure excessive, l'article 36 perdrait la majeure partie de sa signification. L'énumération des motifs permettant aux États membres de restreindre les échanges n'aurait plus qu'une valeur exemplative (1656).

(1653) Aff. 46/76, *Bauhuis*, *Rec.*, 1977, 5 et 12.

(1654) Voyez en ce sens : VerLoren van Themaat, P., *Bevat artikel 30 van het E.E.G.-Verdrag slechts een non-discriminatiebeginsel ten aanzien van invoerbeperkingen ?*, *S.E.W.*, 1967, 632 ; E.E.G.-Richtlijnen betreffende discriminerende aankooppolitiek van overheidsinstellingen, discriminerende prijsvoorschriften en andere maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen, *S.E.W.*, 1970, 258 ; Waelbroeck, M., in : Mégret-Louis-Vignes-Waelbroeck, *Droit de la Communauté Économique Européenne*, Tome I, 1970, 102-103 ; *Les réglementations nationales de prix et le droit communautaire*, 27 et suiv. ; Meij, A.W.H., et Winter, J.A., *o.c.*, 91 et suiv.

(1655) Waelbroeck, M., *Les réglementations nationales de prix*, Bruxelles, 1975, 28 ; VerLoren van Themaat, P., *o.c.*, *S.E.W.*, 1976,405-406.

(1656) Ceci est d'ailleurs admis par les partisans de l'interprétation de la Commission : voyez Ehlermann, C.D., *o.c.*, *Europarecht* 1973, 7, selon qui l'article 36 n'aurait qu'une valeur d'orientation ; voyez aussi Van Gerven, W., *The Recent Case Law of the Court of Justice Concerning Articles 30 and 36 of the E.E.C. Treaty*, *CML Rev.*, 1977, 5 et 17, selon qui, dans les secteurs où n'existe pas un régime d'échanges communautaire, l'énumération de l'article 36 ne serait pas exhaustive mais pourrait être étendue par analogie.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

c. L'argument déduit du caractère légitime de l'objectif poursuivi

La thèse selon laquelle les mesures indistinctement applicables n'ont généralement pas pour *objectif* de restreindre ces échanges mais poursuivent la défense d'intérêts légitimes tels que la protection des consommateurs (1657) ne nous paraît pas davantage déterminante. En effet, ainsi qu'il résulte des termes mêmes qui sont employés pour la désigner, la mesure d'effet équivalent se définit en fonction de ses *effets* sur les échanges. Tout élément d'intention lui est étranger. Aussi la Cour a jugé à plusieurs reprises que des mesures poursuivant un objectif légitime étaient visées par l'article 30 et ne pouvaient être admises que dans la mesure où elles étaient justifiées en vertu de l'article 36 (1658).

Présumer qu'une mesure indistinctement applicable poursuit un objectif légitime et exiger en conséquence, outre la preuve d'un effet restrictif, celle d'une intention de restreindre les échanges, nous paraît non seulement de nature à rendre plus difficile le contrôle du respect par les États membres de leurs obligations, mais aussi incompatible avec la notion même de mesure d'« effet » équivalent.

d. L'argument déduit des dispositions relatives au rapprochement des législations

Nous ne trouvons pas davantage convaincant l'argument selon lequel l'effet restrictif des réglementations indistinctement applicables serait « normalement inhérent » aux disparités des législations nationales, de telle sorte que leur élimination ne pourrait être obtenue qu'au moyen d'une harmonisation des législations en vertu des articles 100 à 102, et non par une application de l'article 30 (1659). Cette opinion méconnaît que les articles 100 à 102 ne sont applicables que dans la mesure où les dispositions à harmoniser ne sont pas déjà interdites par une disposition spécifique du traité (1660). Les articles 100 à 102 ont un caractère subsidiaire par rapport aux interdictions spécifiques du traité. Ils n'ont pas pour objet de limiter l'application de ces interdictions mais, au contraire,

(1657) Béraud, R.C., *o.c.*, 288 ; Dona Viscardini, W., *o.c.*, 231.

(1658) Voy. notamment C.J., 8 juillet 1975, aff. 4/75, *Rewe-Zentralfinanz*, *Rec.*, 1975, 843 et 859-860.

(1659) Cet argument figure au 8e considérant de la Directive 70/50. Les auteurs suivants le reprennent à leur compte : Dona Viscardini, W., *o.c.*, 231 ; Béraud, R.C., *o.c.*, 289 ; Graf, M., *Der Begriff « Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Einfuhrbeschränkungen » in dem E.W.G.-Vertrag*, Cologne, 1972, 54 ; Ehlermann, C.D., *o.c.*, *Europarecht*, 1973, 5 ; Ulmer, P., *o.c.*, 503 (voy. pourtant ce que dit cet auteur à la page 511 du même article) ; Mattera, A., *o.c.*, *R.M.C.*, 1976, 507 ; Koppensteiner, H.G., *o.c.*, 590 ; Page, A.C., *o.c.*, 109.

(1660) Voy. C.J., 9 décembre 1981, aff. 193/80, *Commission c. Italie* (vinaigre), *Rec.*, 1981, 3019 et 3033. Voy. aussi les conclusions de l'Avocat Général Trabucchi précédant l'arrêt *Dassonville*, *Rec.*, 1974, 854 : « On ne peut parler de rapprochement des législations que dans la mesure où les dispositions internes considérées ne sont pas, en elles-mêmes, interdites par le traité ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de permettre de surmonter les obstacles résultant pour le fonctionnement du Marché Commun des mesures que les États membres sont autorisés à maintenir en vigueur.

Dans ses conclusions précédant l'arrêt *Rewe* du 20 février 1979, Monsieur l'Avocat Général Capotorti critique, lui aussi, la thèse selon laquelle les effets des mesures indistinctement applicables devraient être considérés comme licites dans la mesure où ils sont normalement inhérents aux disparités des réglementations nationales : « Sans doute la disparité des règles sur la commercialisation des produits peut-elle fausser les conditions de concurrence sur le marché commun (hypothèse qui est visée par l'article 101 du traité C.E.E.) et avoir, en ce sens, des effets sur la libre circulation des marchandises, si bien qu'il est logique de poursuivre la suppression des disparités par des directives d'harmonisation, mais entre-temps, il reste encore toujours à vérifier si une des réglementations nationales en la matière ne contient pas de mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'exportation frappées en tant que telles de l'interdiction de l'article 30...

En vérité, la question des rapports entre les articles 30 et suivants du traité C.E.E., d'une part, et les articles 100 à 102 (sur le rapprochement des législations), de l'autre, est mal posée si l'on suppose que l'applicabilité du second groupe de règles à une matière déterminée suffit à exclure l'incidence de l'interdiction de l'article 30 dans la même matière. » (1661)

4. Nécessité d'établir l'existence d'une discrimination formelle ou matérielle

Notre critique de la « présomption de licéité » (1662) établie par la Commission en faveur des mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés ne signifie pas que nous soyons d'avis que toute mesure susceptible d'exercer une incidence sur les importations soit visée par l'article 30, sans qu'il faille considérer son incidence éventuelle sur les ventes des produits nationaux (1663). Certes, la notion de mesure d'effet équivalent ne suppose pas l'existence d'un effet protecteur : une mesure rendant l'importation d'un produit impossible sera interdite même s'il n'existe pas de production nationale concurrente (1664). Il n'en

(1661) *Rec.*, 1979, 670-671 ; voyez dans le même sens : VerLoren van Themaat, P., *o.c.*, *S.E.W.*, 1976, 402.

(1662) Pour reprendre l'expression d'A. Marchini-Camia, *o.c.*, 382.

(1663) Cette conception extensive avait été préconisée par VerLoren van Themaat, P., dans les articles précités, publiés dans *S.E.W.*, 1967, 632, et *S.E.W.*, 1970, 258. Nous nous y étions ralliés in *Le droit de la communauté économique européenne*, vol. I, 102. Dans son article précité paru dans *S.E.W.*, 1976, 401, VerLoren van Themaat, P., nous paraît être revenu sur cette conception extensive et exiger, lui aussi, la preuve d'une discrimination, soit formelle soit matérielle.

(1664) Cf. *supra*, Chapitre Ier, Section 8.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

résulte pas qu'une mesure dont les effets se font sentir exactement de la même façon sur les produits nationaux que sur les produits importés doive être considérée comme produisant un effet équivalant à une restriction quantitative. À cet égard, il est exact d'affirmer, comme le font les défenseurs de la distinction faite par la Directive n° 70/50, que si toute réglementation de commerce implique nécessairement l'impossibilité de commercialiser et, partant, d'importer des produits non conformes aux normes techniques ou qualitatives prescrites, il s'agit cependant là « d'effets qui peuvent être considérés comme la conséquence logique du caractère obligatoire de toute règle de droit » et il serait donc absurde de prétendre qu'ils doivent être considérés, en tout état de cause, comme des « effets équivalant à ceux des restrictions quantitatives » (1665).

Notre thèse est que *toutes* les mesures nationales qui aboutissent, soit en droit, soit en fait, à rendre les importations ou les exportations plus difficiles ou plus onéreuses que les ventes nationales sont à considérer comme visées par l'article 30, sans qu'il faille distinguer selon qu'elles sont, d'un point de vue formel, « indistinctement applicables ». L'intention de l'auteur de la mesure, de même que le but qu'il poursuit, sont indifférents, du moment que l'effet restrictif peut être démontré.

* * *

C'est avec des sentiments partagés que je suivis l'évolution de la jurisprudence dans certaines affaires ultérieures où la Cour paraissait renoncer à toute exigence de discrimination. En faveur de cette évolution, on pouvait invoquer le fait qu'elle facilitait la tâche d'harmonisation des législations, puisqu'elle réduisait le nombre des mesures que les États membres étaient en droit de maintenir en vigueur. C'est ce qui me poussa, dans une première étape, à l'accueillir positivement dans une leçon publique prononcée dans le cadre de la Chaire Francqui à l'Université de Liège.

« Le rôle de la Cour de justice dans la mise en œuvre de l'Acte unique européen »,
Cahiers de droit européen,
1989, pp. 41-62.

Peu d'événements de la vie des Communautés européennes n'ont autant attiré sur eux l'attention que l'Acte unique européen, entré en vigueur il y a un peu plus d'un an, le 1er juillet 1987. Il ne se passe

(1665) Mattera, A., *o.c.*, 507.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

pratiquement pas un jour sans que la presse, la radio ou la télévision ne mentionne 1992 en quelque sorte comme une année « miracle » au cours de laquelle toutes les barrières aux échanges entre États membres devront disparaître, faisant place au « grand marché ». Dans tous les pays de la Communauté, des études sont entreprises, des colloques sont organisés, des spécialistes sont consultés afin de cerner les changements qu'entraînera cet événement pour les entreprises, les travailleurs et le public en général. On est même allé — dans un État membre que je ne citerai pas — jusqu'à désigner un Secrétaire d'État spécialement chargé des problèmes que posera 1992.

Si l'on quitte le domaine des déclarations officielles et de l'écho que leur donnent les media pour se tourner vers les textes juridiques, on est frappé de constater combien sont limitées les innovations introduites par l'Acte unique :

— accroissement modéré des pouvoirs consultatifs du Parlement européen par l'instauration d'une « procédure de coopération » ;

— possibilité de procéder au rapprochement des législations par décision prise à la majorité qualifiée au sein du Conseil ;

— reconnaissance formelle de la « capacité monétaire » de la Communauté ;

— consécration du caractère communautaire de la coopération en matière de politique étrangère ;

— accent nouveau donné au développement de la politique sociale et « nouvelles politiques » en matière de recherche et de développement technologiques et en matière d'environnement ;

— création prévue d'un Tribunal de première instance chargé de connaître de certaines catégories de recours formés par des personnes physiques ou morales.

Ce contraste entre les ambitions officiellement proclamées et la modestie des changements effectifs a suscité chez certains spécialistes une réaction de méfiance, voire même de franche hostilité. C'est ainsi que M. Pierre Pescatore, ancien juge à la Cour de justice des Communautés européennes, considère que l'Acte unique aboutit à remettre en cause les acquis jurisprudentiels en matière de réalisation du marché commun et à ouvrir la voie à une résurgence des protectionnismes nationaux (1666). Cette opinion n'est pas unanimement partagée. Ainsi, le Professeur J. Mertens de Wilmars, ancien président de la Cour de justice, le Professeur P. Verloren van Themaat, ancien avocat général

(1666) P. Pescatore, « Observations critiques sur l'Acte unique européen », in : *L'Acte unique européen*, journée d'études organisée par l'Institut d'études européennes de l'Université libre de Bruxelles, le 1-3-1986, p. 39 et suivantes.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

à la Cour de justice, M. G. Bosco, ancien juge à la Cour de justice, le Dr. C.-D. Ehlermann, ancien directeur général du service juridique de la Commission, le Dr. H.-J. Glaesner, ancien directeur général du service juridique du Conseil, M. Jean De Ruyt, membre de la délégation belge ayant participé à l'élaboration de l'Acte unique, soulignent tous les nombreux aspects positifs que celui-ci contient, nonobstant son caractère limité (1667).

Où se situe la vérité ? À mon avis, la réponse dépend dans une grande mesure de la Cour de justice et de l'interprétation qu'elle sera amenée à donner aux dispositions de l'Acte unique.

C'est ce que je vais tenter de démontrer ci-après. Pour cela, il me faudra commencer à rappeler en quoi consiste « l'acquis jurisprudentiel » réalisé à la veille de l'entrée en vigueur de l'Acte unique. Ensuite, j'exposerai les innovations qu'introduit l'Acte unique et je soulignerai les interprétations divergentes qu'elles sont susceptibles de recevoir. À cette occasion, je m'efforcerai — avec la modestie qui sied à un observateur extérieur — d'émettre quelques suggestions personnelles quant à la réponse à donner.

I. L'ACQUIS JURISPRUDENTIEL À LA VEILLE DE L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE L'ACTE UNIQUE EUROPÉEN

L'article 2 du traité C.E.E. prévoit que l'un des instruments principaux par lesquels doivent se réaliser les objectifs du traité est « l'établissement d'un marché commun ». Il faut entendre par là, selon la doctrine, un espace économique dans lequel la circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux doit se réaliser librement à l'abri de toutes entraves et de toutes mesures restrictives ou discriminatoires d'origine étatique ou privée, permettant ainsi entre ressortissants d'États membres différents des relations économiques analogues à celles qui existent sur un marché intérieur (« binnenmarktähnliche Verhältnisse »).

Il importe de souligner que cette notion n'implique pas la disparition totale des frontières. Elle signifie uniquement que le franchissement des frontières doit pouvoir se faire librement, sans entraîner la débition de taxes, charges ou autres obligations présentant un caractère protectionniste ou discriminatoire. Pour que les autres obstacles disparaissent — notamment ceux qui résultent des réglementations des États membres

(1667) J. Mertens de Wilmars, « Het Hof van Justifie van de Europese Gemeenschapen na de Europese Akte » *S.E.W.*, 1986, p. 606 ; P. Verloren van Themaat, « De Europese Akte », *S.E.W.* 1986, p. 464 ; G. Bosco, « Commentaire de l'Acte unique européen », *Cah. dr. eur.*, 1987, p. 369 ; C.-D. Ehlermann, « The Internal Market Following the Single European Act », *C.M.L. Rev.*, 1987, p. 367 ; H.-J. Glaesner, « L'Acte unique européen », *R.M.C.*, 1986, p. 307 ; J. De Ruyt, *L'Acte unique européen*, Bruxelles (Éditions de l'Université), 1987.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

visant à protéger la sécurité, la santé, la moralité, l'environnement, les consommateurs — une harmonisation des législation nationales est nécessaire afin qu'elles ne présentent pas de différences trop importantes. À défaut, il faudrait s'attendre à ce que les États membres imposant les standards les plus élevés s'opposent à l'importation de produits fabriqués selon des règles moins sévères, ce que le traité leur permet de faire.

Il en va de même dans le domaine des personnes : ici aussi, les États membres conservent le droit de subordonner l'exercice de certaines activités à la possession de titres, diplômes ou autres qualifications professionnelles, lesquelles peuvent varier d'un pays à l'autre et poser ainsi des obstacles à l'établissement ou à la prestation de services par des ressortissants d'autres États membres. Dans ce domaine comme dans celui des échanges de marchandises, une libre circulation effective suppose une harmonisation des, législations relatives aux conditions d'accès et d'exercice des activités professionnelles (1668).

En résumé, on peut donc dire que la notion de « marché commun » telle que l'entend le traité C.E.E. suppose l'élimination de toutes les entraves aux échanges de marchandises, de personnes, de services et de capitaux ayant un caractère protectionniste ou discriminatoire, mais qu'elle ne s'oppose pas nécessairement à l'existence de réglementations s'appliquant de manière égale aux nationaux et aux ressortissants d'autres États membres. C'est en rapprochant ces dernières réglementations, et non en les supprimant, que doit se réaliser la disparition des obstacles auxquels elles sont susceptibles de donner naissance.

La difficulté était que les auteurs du traité n'avaient pas prévu — sauf dans certains domaines particuliers — que le rapprochement des législations puisse se faire à l'encontre de la volonté d'un État membre. L'article 100 du traité, qui est la disposition-clé à cet égard, prévoit que les directives de rapprochement des législations doivent être adoptées par le Conseil statuant *à l'unanimité* sur proposition de la Commission. Il en résulte que le processus d'harmonisation est nécessairement très lent. Par ailleurs, le développement des mouvements de protection des consommateurs, des travailleurs et de l'environnement, incite les administrations nationales, devant les risques posés par une industrialisation toujours plus complexe et envahissante, à adopter un nombre croissant de normes concernant la fabrication, la composition, la présentation, le conditionnement, le transport, la vente des produits, la protection des travailleurs, des consommateurs, l'accès aux activités économiques, etc... Conscient de ce problème, le Conseil a adopté, le 28 mars 1983, une directive prévoyant une procédure d'information dans le domaine des

(1668) Voyez les articles 57 et 66 du traité C.E.E.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

normes et des réglementations techniques, dans le but de prévenir l'apparition de nouvelles entraves aux échanges pouvant résulter de projets nationaux de normes ou de règles techniques (1669). Toutefois, cette directive n'a pu empêcher une augmentation du nombre des nouvelles réglementations. C'est ainsi qu'en 1987, ce nombre dépassait de 34,2 % celui de l'année 1986 (1670).

Le plus grave est que ces réglementations n'ont pas toujours un caractère innocent. Bien souvent, sous prétexte de protéger la santé ou la sécurité publique, par exemple, on adopte des normes « taillées sur mesure » en fonction de la situation et des besoins des producteurs nationaux et dont l'effet le plus clair est de désavantager les producteurs des autres États membres.

Il n'en va pas autrement sur le plan des personnes : ainsi, on discute aujourd'hui en Belgique de l'introduction d'une « attestation de distribution ». Il s'agit d'une mesure qui imposerait la connaissance de la gestion d'entreprise aux commerçants relevant de la distribution. La mise en place de cette « attestation de distribution » est présentée comme destinée à protéger les petits indépendants qui se lanceraient dans le commerce sans rien connaître à cette activité et à éviter la mise en difficulté des fournisseurs qui se trouveraient confrontés avec la faillite de commerçants néophytes et irresponsables. Son caractère protectionniste n'en est pas moins expressément reconnu par les organisations de défense des classes moyennes elles-mêmes : « En prévision de l'ouverture des frontières européennes de 1992, chacun verouille tant bien que mal son marché intérieur en se disant que les pays les moins bien protégés seront les premiers à se faire dévorer » (1671).

La Cour de justice a rapidement aperçu le risque que faisait courir cette floraison de réglementations pour le développement du marché commun, ainsi que l'inefficacité du seul remède prévu : la procédure d'harmonisation à l'unanimité inscrite à l'article 100. Pour y remédier, elle a eu recours successivement à quatre techniques juridiques dont l'effet commun était de permettre d'élargir le champ d'application des dispositions du traité interdisant les mesures étatiques restrictives, rétrécissant du même coup le champ des mesures devant faire l'objet d'une harmonisation.

(1669) Directive 83/189 Conseil, *J.O.C.E.*, n° L 109 du 26-4-83.

(1670) *21e Rapport général sur l'activité des Communautés européennes* — 1987, Bruxelles, Luxembourg, 1988, n° 198.

(1671) J.L. Reginster : « L'attestation de distribution : un protectionnisme qui n'ose pas dire son nom », *La Défense sociale*, 10-11-1988, p. 5.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

a) La discrimination matérielle

La première de ces techniques a consisté dans la reconnaissance de la notion de « discrimination matérielle ». Dès 1963, dans l'affaire des *réfrigérateurs italiens* (1672), la Cour a affirmé que la discrimination peut consister tout aussi bien à traiter de manière inégale des situations comparables (c'est ce qu'elle appelle « discrimination formelle ») qu'à traiter de manière égale des situations non comparables (« discrimination matérielle »). Ainsi, dans un attendu qui fait un peu songer à Mallarmé, elle déclare « qu'une apparence de discrimination formelle peut... correspondre, en fait, à une absence de discrimination matérielle ».

En application de cette idée, la Cour a considéré notamment qu'un arrêté britannique de 1981 interdisant de vendre au détail certains produits sans qu'ils soient accompagnés d'une indication du pays où ils ont été fabriqués, n'était qu'en apparence indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés, et qu'il recelait en réalité une discrimination matérielle, puisqu'il visait à permettre au consommateur de faire la distinction entre ces deux catégories de produits, ce qui pouvait l'inciter à donner sa préférence aux produits nationaux (1673).

b) La discrimination indirecte

Le deuxième procédé auquel la Cour a eu recours en vue d'élargir le champ d'application des interdictions que le traité impose aux États membres a consisté dans le développement de la notion de « discrimination indirecte ». C'est surtout dans le domaine des impositions intérieures visées par l'article 95 que la Cour s'est servi de cette notion.

L'article 95 interdit aux États membres de frapper les produits des autres États membres d'impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent les produits nationaux similaires.

Cette disposition n'oblige évidemment pas les États membres à frapper tous les produits d'un taux d'imposition uniforme : La Cour a reconnu qu'il est légitime, pour des raisons de politique sociale ou économique, d'appliquer des taux d'imposition différenciés à différentes catégories de produits, même si ces produits servent à satisfaire les mêmes besoins (1674). Que se passe-t-il si la catégorie frappée au taux d'imposition inférieur comprend des produits qui, en leur majorité, sont d'ori-

(1672) C.J. 17-7-1963, 13/63, *Italie c. Commission*, *Rec.*, IX, p. 335, 360.
(1673) C.J. 25-4-1985, 207/83, *Commission c. Royaume Uni*, *Rec.*, 1985, p. 1202.
(1674) C.J., 22-6-1976, 127/75, *Bobie*, *Rec.*, 1976, p. 1079 ; 10-10-1978, 148/77, *Hansen & Balle*, *Rec.*, 1978, p. 1787, 1806-1807.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

gine nationale, alors que la majorité des produits importés relèvent de la catégorie plus fortement taxée ?

La Cour s'est trouvée confrontée à ce problème en 1980 lorsqu'elle a été saisie de recours intentés par la Commission qui mettaient en cause les régimes de taxation des boissons alcooliques au Danemark, en France et en Italie. Ces trois pays appliquaient des systèmes d'imposition prévoyant un taux moins élevé pour les boissons traditionnellement produites chez eux (l'aquavit au Danemark, les alcools de vin et de fruits en Italie et en France). Ils en niaient le caractère discriminatoire, soulignant que les taux préférentiels bénéficiaient non seulement aux produits nationaux, mais aussi aux produits importés de même catégorie (ainsi, les importations de cognac en Italie bénéficiaient du taux favorable réservé à la grappa et les importations d'aquavit allemande bénéficiaient au Danemark du même taux que l'aquavit danoise). Ils faisaient observer de surcroît qu'ils étaient tous producteur, pour des quantités non négligeables, de certaines boissons qui étaient taxées aux taux plus élevés (ainsi, il existe une importante production de « schnaps » au Danemark, de gin en France et en Italie, etc.).

La Cour ne fut pas dupe. Dans trois importants arrêts rendus le 27 février 1980, elle a déclaré que si le traité n'interdit pas aux États membres d'accorder certains avantages fiscaux pour certains types de spiritueux, cette faculté ne peut être utilisée pour établir une discrimination indirecte en faveur des produits nationaux en établissant les catégories d'imposition de telle façon que les taux moins élevés soient réservés à des produits dont la majorité est d'origine nationale, alors que les taux plus élevés s'appliquent à des produits que l'État en cause ne fabrique que dans une mesure limitée (1675).

c) L'arrêt Cassis de Dijon : le « principe d'équivalence »

Dans son célèbre arrêt *Cassis de Dijon* du 20 février 1979, la Cour a accompli un troisième pas, d'une extrême importance, en vue d'élargir le champ d'application de l'article 30 du traité, qui interdit les mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation. Cet arrêt allait donner une nouvelle impulsion à la réalisation de la libre circulation des marchandises (1676).

L'affaire concernait une réglementation allemande imposant un degré minimum d'alcool de 25 % pour toute boisson spiritueuse vendue en Allemagne. Un importateur de « Crème de Cassis », liqueur française bien

(1675) C.J. 27-2-1980, 168/78, *Commission c. France*, *Rec.*, 1980, p. 347 ; 169/78, *Commission c. Italie*, *ibid.*, p. 385 ; 171/78, *Commission c. Danemark*, *ibid.*, p. 447.

(1676) C.J. 20-2-1979, 120/78, *Rewe-Zentrale*, *Rec.*, 1979, p. 649.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

connue ayant une teneur alcoolique ne dépassant pas 20 %, fut poursuivi pour n'avoir pas respecté la réglementation allemande. L'affaire fut renvoyée à la Cour de justice conformément à l'article 177 du traité pour interprétation de la notion « mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative ».

Il est important de relever que l'objectif poursuivi par la mesure en question n'était pas de protéger les produits allemands mais d'assurer l'information des consommateurs en accroissant la transparence du marché. Cela n'empêche que son effet était d'empêcher l'accès au marché allemand de boissons spiritueuses légalement fabriquées et commercialisées dans un autre État membre et de protéger ainsi, de façon peut-être non intentionnelle mais néanmoins réelle, les producteurs allemands de boissons concurrentes.

La Cour estima que la fixation impérative d'une teneur minimale en alcool n'était pas nécessaire à la protection de la santé publique et qu'elle ne constituait pas non plus une garantie essentielle de la loyauté des transactions commerciales. Il était en effet facile d'assurer une information convenable de l'acheteur en exigeant l'indication de la provenance et du titre alcoométrique sur l'emballage du produit. La Cour en conclut que les prescriptions en cause ne poursuivaient pas « un but d'intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises, qui constitue l'une des règles fondamentales de la Communauté » (1677).

À cette occasion, la Cour énonce le principe fondamental selon lequel :

> « Les obstacles à la circulation intra-communautaire résultant de disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs ».

En d'autres mots : tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un pays de la Communauté doit pouvoir circuler librement dans les autres pays, sauf si des « exigences impératives » s'y opposent. C'est ce qu'on a appelé le « principe d'équivalence » des réglementations.

Même si cette jurisprudence n'aboutit pas à l'élimination totale des restrictions au commerce intra-communautaire, elle n'en a pas moins permis de réaliser la libre circulation d'un grand nombre de produits dont les conditions de production ou de commercialisation n'étaient pas harmonisées dans la Communauté. Ainsi, des mesures réglementaires

(1677) *Rec.*, 1979, p. 664.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

restrictives ont été condamnées par la Cour au nom de la libre circulation des marchandises :

- la législation italienne interdisant de vendre du vinaigre ne provenant pas de la fermentation acétique du vin et réservant l'appellation « vinaigre » aux seuls produits fabriqués à base de vin (1678) ;
- l'obligation imposée aux Pays-Bas d'utiliser le mot « likeur » sur l'étiquette de tous les produits ayant une composition définie et contenant de l'alcool éthylique, du sucre, des substances aromatiques ou des jus de fruits (1679) ;
- l'exigence prévue par la réglementation néerlandaise selon laquelle la matière sèche contenue dans le pain devait se tenir à l'intérieur de limites spécifiées (1680) ;
- la réglementation belge imposant la vente de margarine en emballages de forme cubique (1681) ;
- l'interdiction frappant en Allemagne la vente en bouteilles de forme ronde de vins autres que ceux provenant de Bade et du Wurtemberg (1682) ;
- l'interdiction de vendre en Allemagne de la bière de fermentation basse fabriquée à partir de matières premières autres que le malt d'orge, le houblon et l'eau (1683) ;
- l'interdiction de fabriquer et de vendre en Italie des pâtes alimentaires sèches non fabriquées exclusivement à partir de blé dur (1684).

Plusieurs auteurs se sont demandé s'il résulte de la jurisprudence *Cassis de Dijon* que toute mesure étatique entravant l'importation doit être considérée comme interdite, même lorsqu'elle ne comporte aucune discrimination, soit formelle, soit matérielle (1685).

(1678) C.J. 26-6-1980, 788/79, *Gilli et Andres*, *Rec.*, 1980, p. 2071 ; 9-12-1981, 193/80, *Commission c. Italie*, *Rec.*, 1981, p. 3019 ; 15-10-85, 281/83, *Commission c. Italie*, *Rec.*, 1985, p. 3397.

(1679) C.J. 16-12-1980, 27/80, *Fietje*, *Rec.*, 1980, p. 3839.

(1680) C.J. 19-2-1981, 130/80, *Kelderman*, *Rec.*, 1981, p. 527.

(1681) C.J. 10-11-1982, 261/81, *Rau*, *Rec.*, 1982, p. 3961.

(1682) C.J. 13-3-1984, 16/83, *Prantl*, *Rec.*, 1984, p. 1299.

(1683) C.J. 12-3-1987, 178/84, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*, *Recueil*, 1987, p. 1227.

(1684) C.J. 14-7-1988, 407/85, *Drei Glocken*, et 90/86, *Zoni*, pas encore publiés au *Recueil*.

(1685) P. Oliver, « Free Movement of Goods in the E.E.C. », p. 67 et suiv. ; L. Gormley, « *Prohibiting Restrictions on Trade Within the E.E.C.* », La Haye, 1983, p. 13 et suiv. et p. 252 et suiv. ; D. Wyatt, « Article 30 E.E.C. and Non-Discriminatory Trade Restrictions », *E.L.R.*, 1981, p. 185 : G. Marenco, « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative » ces *Cahiers*, 1984, p. 291 ; M. Waelbroeck, « Mesures d'effet équivalent, discriminations formelle et matérielle dans la jurisprudence de la Cour de justice », *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, tome II, Anvers, 1983, p. 1329.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

À notre avis, la réponse est négative. Il s'agissait en effet dans tous les cas de mesures imposant aux marchandises importées de répondre à des conditions identiques à celles applicables aux marchandises nationales, ce qui entraînait pour les marchandises importées des frais de production ou de commercialisation plus élevés, voire même les excluait totalement du marché. On pouvait dès lors considérer que ces mesures, quoique formellement applicables sans distinction aux produits nationaux et aux produits importés, n'en introduisaient pas moins une discrimination matérielle à rencontre des produits importés (1686).

Il serait erroné de croire que le « principe d'équivalence » énoncé par l'arrêt *Cassis de Dijon* soit limité à la libre circulation des marchandises. La Cour en a reconnu l'applicabilité dans le domaine de la libre prestation des services. Nous avons vu que le traité permet aux États membres de subordonner l'exercice de certaines activités économiques à la possession d'un diplôme ou d'une qualification professionnelle, à condition de le faire sans discrimination entre nationaux et ressortissants communautaires. Néanmoins, la Cour n'a pas admis qu'un État puisse s'opposer à l'exercice sur son territoire d'une activité réglementée par un ressortissant d'un autre État membre établi dans cet autre État membre lorsque ce ressortissant détenait dans cet État membre une licence délivrée à des conditions comparables à celles exigées dans le pays d'accueil et que ses activités étaient soumises, dans l'État où il était établi, à une surveillance adéquate, quel que soit l'État membre dans lequel il exerce son activité (1687).

Cette consécration jurisprudentielle du « principe d'équivalence » a permis de restreindre l'ampleur de la tâche à accomplir par la voie du rapprochement des législations. En effet, à partir du moment où un État ne peut s'opposer à la pénétration sur son territoire d'une personne ou d'une marchandise d'un autre État membre, même si elle ne répond pas à tous égards aux conditions exigées par sa réglementation, il devient inutile, si l'on veut assurer la libre circulation, de procéder au rapprochement préalable des réglementations. Se fondant sur cette jurisprudence, la Commission a annoncé dans le « Livre blanc » sur l'achèvement du marché intérieur présenté au Conseil en juin 1985 qu'elle se bornera désormais, dans ses propositions de directives d'harmonisation des normes techniques, à établir les principes fondamentaux en vertu desquels un produit sera admis à circuler librement dans l'ensemble de la Communauté, et qu'elle abandonnera la tâche de définir les spécifica-

(1686) Voyez en ce sens G. Marenco, article cité ; M. Waelbroeck, étude citée.

(1687) C.J. 18-1-1979, 110 et 111/78, *Van Wesemael*, *Rec.*, 1979, p. 35, 55 ; 17-12-1981, 279/80, *Webb*, *Rec.*, 1981, p. 3305, 3325-3326.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tions techniques détaillées à des instituts interprofessionnels de normalisation (1688).

De même, dans le domaine de la libre circulation des personnes et des services, la Commission a présenté en 1985 au Conseil une proposition de directive prévoyant un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur. Cette proposition est fondée elle aussi sur le principe d'équivalence (1689).

d) Au-delà de la discrimination

Nous avons vu que la jurisprudence *Cassis de Dijon* peut s'expliquer par la notion de discrimination matérielle, dans la mesure où les réglementations étatiques en cause dans ces affaires, quoique indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés, empêchaient l'importation ou la rendaient plus onéreuse, du fait qu'elles avaient été conçues en fonction de la situation et des besoins de l'industrie nationale. Dans cette mesure, elle peut s'expliquer par une interprétation large de la notion de discrimination matérielle.

Il résulte de certains arrêts récents que la Cour ne s'en tient plus aujourd'hui à la notion de discrimination, même en l'entendant dans son acceptation la plus large. Depuis peu, en effet, la Cour considère toute entrave aux échanges intra-communautaires comme interdite (sauf exigence impérative), même si elle produit un effet exactement identique sur les échanges intérieurs.

Le premier arrêt révélateur de cette nouvelle tendance a été rendu le 11 juillet 1985 dans l'affaire *Cinéthèque* (1690). Il s'agissait de savoir si une réglementation française interdisant la vente de vidéocassettes moins de 12 mois après la projection du film en salle entraînait une entrave aux importations incompatible avec le traité. La Cour observe qu'un tel régime, indistinctement applicable aux vidéocassettes fabriquées sur le territoire national et aux vidéocassettes importées, n'a pas pour objet de régir les courants d'échange ; il n'a pas pour effet de favoriser la production nationale par rapport à la production des autres États membres, mais d'encourager la production cinématographique en tant que telle. Ceci n'empêche, ajoute-t-elle, que l'application d'un tel régime peut provoquer des entraves aux échanges intra-communautaires de vidéocassettes du fait des disparités entre les régimes applicables dans les différents États membres. Dans ces conditions, conclut-elle, l'interdiction d'exploitation prévue n'est compatible avec le principe de la libre

(1688) Voy. sur ce sujet : D. Waelbroeck, « L'harmonisation des règles et normes dans la C.E.E. » ces *Cahiers* 1988, p. 243, 253 et suiv.

(1689) *J.O.C.E.* n° C 217 du 28-8-85.

(1690) 60 et 61/84, *Rec.*, 1985, p. 2605.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

circulation des marchandises qu'à la condition que les entraves éventuelles qui en résultent n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'objectif visé et que cet objectif soit justifié au regard du droit communautaire. Sur ce dernier point, la Cour décide que le régime français doit être considéré comme justifié.

Quoique ayant conclu en faveur de la compatibilité de la réglementation française avec le traité, cet arrêt n'en indique pas moins que la Cour est prête à condamner une règle nationale qui aboutirait à créer une possibilité d'entrave aux échanges intra-communautaires même si une telle mesure n'a aucun effet de nature à favoriser la production nationale.

Que telle soit la conclusion à tirer de cette affaire résulte d'un deuxième arrêt, rendu le 23 février 1988, dans l'affaire des « *succédanés de lait en poudre et de lait concentré* » (1691). La Commission avait introduit contre la République française un recours visant à faire reconnaître qu'en interdisant l'importation et la vente des succédanés de lait en poudre et de lait concentré, sous quelque dénomination que ce soit, la République française avait manqué à ses obligations en matière de libre circulation des marchandises. La Cour examine si l'interdiction en cause peut être justifiée par des exigences impératives tenant à la défense des consommateurs, à la protection de la santé, ou aux objectifs de la politique agricole commune. Ayant abouti à une conclusion négative, elle déclare la législation française contraire au traité.

Pourtant, la mesure française n'avait ni pour objet ni pour effet de protéger une production nationale particulière : elle protégeait le lait en tant que tel, à savoir un aliment qui est produit dans l'ensemble de la Communauté et n'a rien de « typiquement français ». Quant aux succédanés, dont la vente en France était interdite, il s'agit de produits que l'industrie française est tout autant en mesure de fabriquer que les industries d'autres États membres.

L'arrêt *Warner Brothers*, rendu le 17 mai 1988 (1692), confirme que l'approche adoptée par la Cour dans l'affaire des vidéocassettes françaises n'a rien de fortuit. En effet, il soumet à l'épreuve des « exigences impératives » une réglementation danoise qui n'avait aucun lien avec l'importation mais se limitait à soumettre à l'autorisation de l'auteur la mise en location de vidéocassettes, quelle que soit l'origine de celles-ci (1693).

(1691) 216/84, *Commission c. République française*, pas encore publié au *Recueil*.

(1692) C.J. 17-5-1988, 158/86, *Warner Brothers*, pas encore publié au *Recueil* ; voy. aussi l'arrêt de la 3e Chambre, 14-7-1988, 298/87, *Smanor*, pas encore publié au *Recueil*, relatif au yoghourt surgelé, qui confirme l'orientation de l'arrêt *Succédanés du lait*.

(1693) Voy. R. Joliet, « *Propriété industrielle et libre circulation des marchandises* », Exposé présenté à la Journée d'étude de l'Association belge pour le droit européen et de l'Association nationale belge pour la protection de la propriété industrielle à Bruxelles le 14-11-1988.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

II. LES INNOVATIONS INTRODUITES PAR L'ACTE UNIQUE

Dans le domaine qui nous occupe, l'Acte unique apporte trois innovations importantes :

— l'affirmation de la volonté des États membres d'établir le « marché intérieur » d'ici le 31 décembre 1992 ;

— l'instauration d'une procédure d'harmonisation des législations à la majorité qualifiée ;

— la possibilité donnée au Conseil de décréter, par décision adoptée à la majorité qualifiée, que des dispositions en vigueur dans un État membre doivent être considérées comme équivalant à celles appliquées par un autre État membre.

Toutes ces innovations sont soumises à une réserve : une déclaration des États membres annexée à l'Acte unique prévoit que la date du 31 décembre 1992 ne produit pas d'effets juridiques automatiques.

Examinons successivement ces trois innovations et voyons si elles sont de nature à remettre en cause l'acquis communautaire ou si, au contraire, on peut s'attendre à ce qu'elles permettent de faciliter les progrès dans la voie de la construction communautaire.

a) Le « marché intérieur »

À première vue, il paraît étonnant de voir qu'en 1986 les États membres décident d'insérer dans le traité un article 8A prévoyant l'établissant progressif du « marché intérieur » au cours d'une période de transition expirant le 31 décembre 1992, alors que l'article 8 du traité originaire prévoyait déjà que « le marché commun » serait progressivement établi au cours d'une période de transition qui est venue à expiration le 31 décembre 1969.

Au cours d'une conférence organisée à Neuchâtel du 13 au 15 octobre 1988 sur la situation de la Suisse devant l'Acte unique européen, M. Pierre Pescatore a comparé avec humour les auteurs de l'Acte unique aux Adventistes, secte religieuse américaine qui croit que le Messie doit revenir une deuxième fois sur terre pour en éliminer tous les péchés.

Quelque spirituelle qu'elle soit, je ne crois pas que cette comparaison soit exacte. Ainsi que je l'ai indiqué, le « marché commun » dont les auteurs du traité avaient prévu la réalisation pour 1970 ne suppose pas la disparition totale des frontières nationales ; il prévoit uniquement que le franchissement de celles-ci ne doit pas donner lieu à des entraves ayant un effet protecteur ou discriminatoire. Les auteurs du traité avaient expressément envisagé le maintien de contrôles aux frontières, tant sur les personnes que sur les marchandises, lorsque ces contrôles se réalisent à des fins statistiques, fiscales, de sécurité ou de santé publique.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

En revanche, le « marché intérieur » prévu par l'article 8A nouveau est défini comme « un espace sans frontières intérieures ». Comme l'écrit le Dr. Ivo Schwartz, il s'agit de mettre en place un vrai « Binnenmarkt » (marché intérieur) et non seulement des « binnenmarktähnliche Verhältnisse » (relations analogues à celles d'un marché intérieur) (1694).

Ainsi qu'il résulte du Livre blanc de la Commission de 1985, il s'agit là d'un objectif ambitieux dont la réalisation impliquera l'adoption de 310 directives de rapprochement des législations. Il est clair que si l'on n'avait pas facilité la procédure d'adoption de ces directives, on serait resté loin du compte à la fin de 1992.

Il est donc faux de prétendre, comme on le fait parfois, que le seul but de l'Acte unique serait de permettre la réalisation, avec vingt-trois années de retard sur l'horaire, des objectifs primitivement fixés par les auteurs du traité de Rome.

b) La nouvelle procédure d'harmonisation

L'Acte unique a prévu l'insertion dans le traité d'un article 100 A permettant au Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission en coopération avec le Parlement européen et après consultation du Comité économique et social, d'arrêter des mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

Par rapport à l'article 100 du traité initial, l'article 100 A apporte les changements suivants :

— il supprime la règle de l'unanimité, qui permettait à un État membre isolé de bloquer le processus d'harmonisation ;

— il ne limite plus le choix du Conseil aux directives, mais il lui permet d'adopter toute mesure adéquate, qu'il s'agisse de règlements, de directives, de décisions ou d'autres formes d'actes (1695) ;

— il prévoit la coopération du Parlement et la consultation du Comité économique et social pour toutes les mesures d'harmonisation, et non seulement pour celles dont l'exécution comporterait une modification de dispositions à caractère législatif.

(1694) I. Schwartz, « 30 Jahre EG-Rechtsangleichung », in : *Eine Ordnungspolitik für Europa, Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag*, Baden-Baden, 1987, p. 333, 366.

(1695) Signalons toutefois qu'aux termes de la Déclaration n° 4 annexée à l'Acte unique, il est précisé que « la Commission privilégiera, dans ses propositions au titre de l'article 100 A (1), le recours à l'instrument de la directive si l'harmonisation comporte, dans un ou plusieurs États membres, une modification de dispositions législatives ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Il s'agit incontestablement d'un progrès. Toutefois, celui-ci ne s'est pas réalisé sans quelque concession en faveur des États membres qui craignaient d'être minorisés par le processus d'harmonisation et de se voir ainsi imposer, notamment en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, un standard moins élevé que celui qu'ils souhaitaient maintenir.

L'article 100 A tient compte de cette préoccupation de trois manières :

— il oblige la Commission, dans ses propositions dans ces matières, à prendre pour base « un niveau de protection élevé » (1696) ;

— il prévoit que les mesures d'harmonisation peuvent comporter, dans des cas appropriés, une clause de sauvegarde autorisant les États membres à prendre, pour une ou plusieurs raisons non économiques mentionnées à l'article 36, des mesures provisoires soumises à une procédure communautaire de contrôle (1697) ;

— il permet, lorsqu'une mesure d'harmonisation est adoptée à la majorité qualifiée, à un État membre qui l'estime nécessaire « d'appliquer des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes visées à l'article 36 ou relatives à la protection du milieu de travail ou de l'environnement », sous réserve de leur confirmation par la Commission et de la possibilité d'une saisine de la Cour en cas d'abus (1698).

Si les deux premières précautions prévues ne prêtent guère à controverse, il n'en va pas de même de la troisième. La possibilité pour un État membre de ne pas s'incliner devant une décision valablement adoptée par le Conseil constitue un précédent inédit et, à vrai dire, potentiellement dangereux. Il convient donc d'en examiner attentivement les conditions.

Celles-ci sont rédigées en des termes qui suscitent un grand nombre d'interrogations.

Examinons-les et voyons quelles sont les réponses que la Cour de justice pourrait leur donner le jour où, comme il est probable, elle en sera saisie.

i) L'article 100 A (4) prévoit que le droit de dérogation peut être exercé « après l'adoption d'une mesure d'harmonisation par le Conseil statuant à la majorité qualifiée ».

On peut se demander s'il s'agit là d'un simple renvoi à l'article 100 A (1), de telle sorte que le droit de dérogation serait ouvert dans tous les cas où une mesure d'harmonisation a été adoptée sur la base de cette

(1696) Article 100 A (3).
(1697) Article 100 A (5).
(1698) Article 100 A (4).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

disposition, même si en l'occurrence, le Conseil a été unanime, ou si, au contraire, elle ne joue que lorsque le Conseil a effectivement statué à la majorité qualifiée.

À mon avis, la deuxième solution s'impose : elle est en effet conforme non seulement au texte (qui parle de « l'adoption d'une mesure d'harmonisation par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée) mais aussi à son esprit, qui est d'offrir une soupape de sûreté en faveur d'un État membre mis en minorité à l'occasion d'un vote au sein du Conseil (1699).

ii) Le droit de dérogation est-il limité au cas où le Conseil statue à la majorité qualifiée dans le cadre de l'article 100 A ou de l'article 100 B (1700), ou peut-il être exercé dans toutes les hypothèses où, conformément au traité, le Conseil adopte des mesures d'harmonisation à la majorité qualifiée (notamment dans les domaines de la politique agricole commune (1701), de la liberté d'établissement (1702), de la libre prestation des services (1703), de la politique des transports (1704), de l'élimination des distorsions de concurrence (1705), de la politique sociale (1706), et j'en passe) ?

À mon avis, il résulte de l'article 100 A, pris dans son ensemble, que la dérogation prévue au par. 4 est limitée aux mesures d'harmonisation prévues au paragraphe 1er. Une telle interprétation est également conforme à la genèse du texte : celui-ci a été adopté pour faire contrepoids à l'introduction du vote à la majorité qualifiée pour les matières prévues au paragraphe 1er ; il n'y a donc aucune raison de l'étendre à des domaines dans lesquels le Conseil a, de tout temps, eu le pouvoir de se prononcer à la majorité qualifiée (1707).

iii) L'article 100 A (4) dispose qu'« un État membre » peut appliquer ses dispositions nationales lorsque le Conseil a adopté une mesure d'harmonisation à la majorité qualifiée. Le texte ne précise pas s'il doit s'agir d'un État membre qui a été mis en minorité. À première vue, on pourrait croire qu'il autorise un État membre ayant voté en faveur de la mesure à appliquer des dispositions nationales prévoyant des règles plus strictes.

Un tel résultat serait contraire à la raison d'être de la disposition qui est, rappelons-le, d'offrir un contrepoids à l'introduction du vote à la

(1699) C.-D. Ehlermann, article cité, *C.M.L. Rev.*, 1987, p. 361, 391.
(1700) Voyez l'article 100 B (2).
(1701) Article 43.
(1702) Article 57.
(1703) Article 66.
(1704) Articles 75 et 84 (2) tels que modifiés par l'article 16 de l'Acte unique.
(1705) Article 101 et 102.
(1706) Article 118 A, introduit par l'article 21 de l'Acte unique.
(1707) Dans le même sens : C.-D. Ehlermann, article cité, *C.M.L. Rev.*, 1987, p. 361, 389. *Contra* : C. Gulman, « The Single European Act — Some Remarks from a Danish Perspective », *C.M.L. Rev.*, 1987, p. 31, 35.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

majorité qualifiée. Il serait paradoxal de permettre à un État ayant voté avec la majorité de s'en prévaloir.

En outre, s'il est exact que, comme je le suggère, la faculté de dérogation ne peut être exercée que lorsque la mesure a effectivement été adoptée à la majorité qualifiée, il est logique de considérer qu'elle ne peut être invoquée que par un État qui a voté contre l'adoption de cette mesure (1708).

iv) L'article 100 A (4) permet à l'État membre qui l'estime nécessaire « d'appliquer » des dispositions nationales qu'il estime justifiées. Faut-il que ces dispositions existassent déjà au moment de l'adoption de la mesure d'harmonisation ? ou l'État membre peut-il invoquer l'article 100 A (4) pour introduire de nouvelles mesures ?

L'utilisation du mot « appliquer » semble aller en faveur de cette dernière interprétation (1709).

Cependant, on ne peut se dissimuler qu'une telle interprétation risquerait d'aboutir à des conséquences catastrophiques. Sous prétexte qu'il a été mis en minorité au Conseil, un État membre pourrait introduire, de nombreuses années plus tard, des dispositions entièrement nouvelles, dont rien ne laissait prévoir l'adoption au moment des débats du Conseil et qui, par conséquent, n'ont pu être prises en considération par celui-ci lorsqu'il a décidé de passer au vote.

C'est pourquoi il me semble préférable de considérer que si un État souhaite appliquer après l'entrée en vigueur d'une mesure d'harmonisation des dispositions nationales incompatibles avec celle-ci, il doit au moins en avoir informé les autres États membres et la Commission au cours des discussions au Conseil. Tout autre comportement serait incompatible avec l'obligation de « fidélité communautaire » prévue à l'article 5 du traité. Ce n'est qu'à cette condition qu'on peut admettre la possibilité pour un État mis en minorité lors de l'adoption d'une mesure d'harmonisation d'introduire des dispositions nouvelles incompatibles avec cette mesure.

v) Les dispositions dérogatoires que l'article 100 A (4) permet à l'État membre minorisé d'introduire doivent être « justifiées par des exigences importantes visées à l'article 36 ou relatives à la protection du milieu de travail ou de l'environnement ».

Ces notions nécessitent quelques explications.

Examinons d'abord les « exigences importantes visées à l'article 36 ». Il semble que le mot « importantes » au lieu d'« impératives » — seul

(1708) Dans le même sens : J. Mertens de Wilmars, article cité, *S.E.W.*, 1986, p. 606, 615.

(1709) J. De Ruyt, *op. cit.*, p. 171. Mais voy. : N. Forwood et M. Clough, « The Single European Act and Free Movement – Legal Implications for the Completion of the Internal Market », *E.L. Rev.*, 1986, p. 383, 400 ; C.-D. Ehlermann, article cité, *C.M.L. Rev.*, 1987, p. 361, 394.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

conforme à la jurisprudence *Cassis de Dijon* — soit dû à une erreur de dactylographie dans un document de la Commission, dont personne à la table du Conseil européen de Luxembourg ne se rendit compte.

Lorsque, par la suite, la Commission demanda que l'on répare la faute, certains s'y opposèrent, arguant du caractère « consacré » des textes arrêtés par le Conseil européen (1710). Quoiqu'il en soit, le résultat est assez déconcertant : il semble impliquer que les exigences visées à l'article 36 seraient d'importance variable, et que certaines d'entre elles pourraient ne pas suffire pour justifier l'adoption de mesures dérogatoires en vertu de l'article 100 A (4). Ce résultat n'a sans doute pas été aperçu par les gouvernements qui s'opposaient à ce que l'erreur de dactylographie soit corrigée...

La notion de « protection du milieu de travail » est nouvelle en droit communautaire. Il incombera à la Cour de justice d'en préciser les contours. À cet égard, M. Pierre Pescatore attire l'attention sur le risque de voir cette notion invoquée en vue de justifier des mesures de protection des productions nationales qui se trouvent aux prises avec des problèmes d'emploi (1711). Ce sera la tâche de la Cour d'éviter que ce risque ne se réalise. Il lui suffira de demeurer fidèle à sa jurisprudence existante, qui a toujours rejeté les tentatives de donner une interprétation extensive aux clauses dérogatoires du traité.

Quant à la notion de « protection de l'environnement », dont la Cour reconnaît la légitimité conformément à la jurisprudence *Cassis de Dijon* (1712), elle était déjà reconnue depuis au moins 1981 par la Commission (1713). Il n'y a donc rien d'extraordinaire à ce qu'elle ait été consacrée à l'article 100 A (4).

Plus étonnante, en revanche, est l'absence de toute mention des autres exigences impératives dégagées par la jurisprudence *Cassis de Dijon*, telles que la nécessité de garantir l'efficacité des contrôles fiscaux, d'assurer la loyauté des transactions commerciales ou de protéger les consommateurs. Faut-il en conclure que la Commission peut refuser de confirmer une disposition nationale dérogatoire visant à sauvegarder un objectif non expressément énuméré à l'article 100 A (4) ? Ici aussi, il appartiendra à la Cour de se prononcer. De bonnes raisons semblent exister en faveur d'une interprétation restrictive (1714).

(1710) J. De Ruyt, *op. cit.*, p. 171, note 36.

(1711) « Observations critiques sur l'Acte unique européen », précité, p. 44. Voy. aussi N. Forwood et N. Clough, article cité, p. 400.

(1712) C.J. 20-9-1988, 302/86, *Commission c. Danemark* (emballages de bières et boissons rafraîchissantes), pas encore publié.

(1713) Voyez réponse à la question écrite n° 749/81 de M. Bonde, *J.O.C.E.*, n° C 309 du 30-11-1981, p. 7.

(1714) Voy. en ce sens : C.-D. Ehlermann, article cité, p. 393.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

vi) L'alinéa 2 de l'article 100 A (4) dispose que « la Commission confirme les dispositions en cause après avoir vérifié qu'elles ne sont pas un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre États membres ».

Une première conclusion en découle clairement : dans la mesure où l'article 100 A (4) permet l'introduction de mesures nouvelles, l'État membre ne peut agir unilatéralement ; la Commission dispose d'un pouvoir de contrôle préalable. Cette solution n'est en rien affectée par la déclaration unilatérale que le gouvernement du Danemark a introduite dans l'Acte final, et que certains ont interprétée comme exprimant la volonté de pouvoir agir unilatéralement dans ce domaine (1715).

Ce qui est plus douteux, en revanche, c'est l'étendue du contrôle que la Commission peut exercer sur les dispositions nationales en cause. Le texte prévoit qu'elle doit vérifier que ces dispositions ne sont pas « un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre États membres ». Il s'agit d'une formule en apparence restrictive. Toutefois, la jurisprudence la plus récente de la Cour nous montre que celle-ci considère que toute mesure qui va au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour la sauvegarde des objectifs que les États membres peuvent légitimement poursuivre constitue une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée aux échanges (1716). Nul doute que cette jurisprudence trouve à s'appliquer dans le cadre du deuxième alinéa de l'article 100 A (4) (1717).

c) La reconnaissance de l'équivalence des dispositions nationales

Comme nous l'avons vu, l'Acte unique ne se borne pas à introduire un article 100 A dans le traité C.E.E., mais il y ajoute aussi un article 100 B. Celui-ci prévoit qu'au cours de l'année 1992, la Commission doit procéder avec chaque État membre à un recensement des dispositions législatives, réglementaires et administratives qui relèvent de l'article 100 A et qui n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation au titre de ce dernier article. Le Conseil, statuant selon les dispositions de l'article 100 A, peut alors

(1715) Texte de la déclaration du gouvernement danois : « Le gouvernement danois constate que dans des cas où un pays membre considère qu'une mesure d'harmonisation adoptée sous l'article 100 A ne sauvegarde pas des exigences plus élevées concernant l'environnement du travail, la protection de l'environnement ou les autres exigences mentionnées dans l'article 36, le paragraphe 4 de l'article 100 A assure que le pays membre concerné peut appliquer des mesures nationales. Les mesures nationales seront prises dans le but de couvrir les exigences mentionnées ci-dessus et ne doivent pas constituer un protectionnisme déguisé ».

(1716) Ceci résulte notamment de l'attendu n° 44 de l'arrêt du 12-3-1987 dans l'affaire de la « loi de pureté de la bière » (aff. 178/84, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*, *Rec.*, 1987, p. 1227.

(1717) Dans le même sens, voyez J. Mertens de Wilmars, article cité, p. 615 ; H.J. Glaesner, « L'Acte unique européen », *Revue du marché commun*, 1986, p. 321.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

décider que des dispositions en vigueur dans un État membre doivent être reconnues comme équivalant à celles appliquées par un autre État membre. Les dispositions de l'article 100 A (4) sont applicables par analogie. La Commission doit procéder à ce recensement et présenter les propositions appropriées en temps utile pour permettre au Conseil de statuer avant la fin de 1992.

Cette disposition soulève une question d'une grande importance, même si elle est généralement peu discutée dans les commentaires de l'Acte unique. Il s'agit de savoir comment elle se concilie avec la jurisprudence *Cassis de Dijon* et *Van Wesemael* qui avait accepté, bien avant l'entrée en vigueur de l'Acte unique, l'idée d'une équivalence des mesures de contrôle national en matière de libre circulation des marchandises et des services. Faut-il considérer avec Pierre Pescatore que « cette idée féconde est désormais accaparée par le Conseil et renvoyée à l'horizon 1992 » (1718) ?

Il incombera bien entendu à la Cour de répondre. Toutefois, il m'étonnerait beaucoup qu'elle interprète l'article 100 B comme privant les tribunaux du pouvoir de constater eux-mêmes l'équivalence existant entre des réglementations nationales et d'en tirer les conséquences qui s'imposent pour la libre circulation. Je pense dès lors que l'article 100 B, contrairement à ce que ses termes pourraient faire penser, ne vise pas des dispositions qui sont, en fait, déjà équivalentes dans les États membres mais que son objet est de permettre au Conseil de prévoir les conditions auxquelles cette équivalence peut être réputée établie (1719). Ce sera à la Cour de tracer la ligne de partage entre la jurisprudence *Cassis de Dijon* et *Van Wesemael*, d'une part, et les pouvoirs du Conseil en application de l'article 100 B, d'autre part. On ne peut se dissimuler qu'il s'agira d'une tâche délicate.

d) Conséquences de l'expiration de la date du 31 décembre 1992

Le premier projet de texte sur le marché intérieur soumis par la Commission à la conférence intergouvernementale prévoyait qu'à la fin de 1992, en l'absence de dispositions d'harmonisation dans un secteur donné, chaque État membre devrait reconnaître l'équivalence des réglementations des autres États membres concernant les personnes, les marchandises, les services et les capitaux. À cette date donc, toutes les dispositions non harmonisées auraient dû être « automatiquement »

(1718) *Op. cit.*, p. 45.

(1719) *Contra* : N. Forwood et M. Clough, article cité, p. 402, selon qui « la constatation d'équivalence est simplement la déclaration judiciaire d'un état de fait existant et ne modifie rien. Une décision en vertu de l'article 100 B (1) ne fait que faciliter la tâche des tribunaux nationaux en rendant superflu un examen détaillé des problèmes souvent complexes relatifs à l'équivalence ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

reconnues comme équivalentes (1720). Ce projet a été explicitement rejeté par la conférence intergouvernementale qui précisa, dans la déclaration précitée, que la date du 31 décembre 1992 « ne crée pas d'effets juridiques automatiques ».

Il serait erroné d'en conclure que cette date ne produit aucun effet juridique, quel qu'il soit. En premier lieu, son expiration pourrait permettre d'instaurer un recours en carence dans les conditions prévues à l'article 175 du traité si l'objectif n'a pas été atteint (1721). En outre, — et ceci est sans doute plus important en pratique — le refus d'attribuer un effet « automatique » à cette date ne signifie pas que la jurisprudence de la Cour consacrant le « principe d'équivalence » ne puisse faire de progrès, notamment en admettant l'existence d'une « équivalence » entre des législations qui aboutissent à sauvegarder de manière égale la sécurité, la santé ou l'environnement, même si les moyens suivis pour aboutir à ce résultat font apparaître certaines différences.

Je crois pouvoir conclure que, s'il est vrai que la date du 31 décembre 1992 ne produira pas d'effets juridiques *automatiques*, il serait faux de croire qu'elle n'en produira aucun.

III. CONCLUSION

Pour conclure, nous pouvons constater que l'Acte unique pose de nombreux défis à la Cour. Pour ma part, je suis persuadé qu'elle saura y faire face, comme elle a fait face à ceux du passé, en donnant aux textes une interprétation qui permette de leur faire produire leur effet utile et qui évite du même coup de remettre en cause les acquis antérieurs.

Ainsi que je l'ai montré, dès avant l'entrée en vigueur de l'Acte unique, la Cour avait reconnu que le traité n'interdit pas uniquement les dispositions nationales à caractère ouvertement protectionniste ; par le développement des notions de « discrimination matérielle » et de « discrimination indirecte », de même que par la consécration du « principe d'équivalence », et finalement par la renonciation à toute exigence de discrimination, elle a jeté les bases d'une très large ouverture des marchés. Seule les restrictions justifiées par des « exigences impératives » des États membres peuvent continuer à s'opposer à la libre circulation.

Il n'y a aucune raison de penser que l'Acte unique incitera la Cour à faire marche arrière. Bien au contraire, je pense que l'échéance 1992, et le large écho positif qu'elle a provoqué dans l'opinion publique, encourageront la Cour à faire preuve d'encore plus d'audace et d'imagination qu'elle

(1720) J. De Ruyt, *op. cit.*, p. 158.
(1721) J. De Ruyt, *op. cit.*, p. 159.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ne l'a fait dans le passé en vue de permettre la réalisation du vaste espace économique sans frontières prévu par l'Acte unique européen.

* * *

Par la suite, cependant, j'exprimai davantage de réserves, notamment dans une conférence au Regulatory Policy Institute du Hertford College d'Oxford le 29 novembre 1991. Il me semblait en effet que c'est dans le cadre d'un processus politique de rapprochement à l'échelle européenne, plutôt que par des « fiat » judiciaires, qu'il y avait lieu de déterminer l'équilibre souhaitable entre réglementation et liberté (1722). Aussi, lorsque la Cour s'orienta dans une voie plus prudente dans son arrêt *Keck et Mithouard* (1723), je n'y trouvai rien à redire.

(1722) Les idées émises dans la conférence d'Oxford furent reprises et développées dans ma contribution à l'ouvrage collectif en l'honneur du professeur Diez de Velasco, spéc. pp. 1308 et 1309. Voy. *infra*, p. 606.

(1723) C.J. 24 novembre 1993, C-267/91 et C-268/91, *Keck et Mithouard*, *Rec.* 1993, p. I-6097.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
1. - L'élimination des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

2. *Réglementations nationales des prix et droit communautaire*

Au cours des années 1970 et 1980, l'économie communautaire connut des taux d'inflation en croissance rapide. En vue de lutter contre ce phénomène, plusieurs États membres instaurèrent ou renforcèrent leurs systèmes de contrôle des prix. D'autres, en revanche, laissaient leurs marchés fonctionner librement. Il en résultait des difficultés pour le fonctionnement du marché commun.

Dans une conférence à l'Université catholique de Louvain, j'avais avancé la thèse selon laquelle l'application de ces réglementations disparates pouvait, dans certains cas, créer des mesures d'effet équivalent interdites. Le directeur du colloque, un éminent commercialiste belge, avait jugé que ma thèse, peut-être exacte en théorie, n'avait aucune chance d'être acceptée par la jurisprudence.

Quelques années plus tard, j'eus l'occasion de développer mes arguments dans un opuscule qui fit un certain bruit.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

ASPECTS DE DROIT MATÉRIEL

***Les réglementations nationales de prix en droit communautaire*,**
Thèses et travaux juridiques de l'Institut d'études européennes de l'Université libre de Bruxelles,
Bruxelles, 1965, pp. 5-62.

INTRODUCTION

Il est inutile de souligner les nombreuses disparités qui existent parmi les réglementations de prix en vigueur dans les États membres des Communautés européennes. Ces disparités tiennent non seulement à des différences dans les modalités techniques mais aussi dans la plus ou moins grande étendue du champ d'application des réglementations de prix, le caractère plus ou moins contraignant des moyens qu'elles mettent en œuvre et la plus ou moins grande rigueur avec laquelle elles sont appliquées en pratique.

Jusqu'à présent, cette situation ne semble guère avoir préoccupé les autorités communautaires. Certes, certains travaux ont été entrepris au sein de la Commission en vue d'acquérir une meilleure connaissance du phénomène. C'est ainsi qu'en 1967, la direction générale du marché intérieur et du rapprochement des législations a entrepris une étude comparative de la législation des prix en vigueur dans les États membres de la C.E.E. (1724). Avec la collaboration d'experts des États membres, il a été possible de regrouper dans un document de travail unique, sous la forme de tableaux synoptiques, les données relatives à un inventaire des réglementations en vigueur (1725).

Parallèlement, la Commission a confié au professeur Harald Jürgensen, de l'Université de Hambourg, la tâche d'étudier les effets économiques des réglementations nationales de prix. Le rapport établi par M. Horst Westphal, sous la direction scientifique du professeur Jürgensen, a été publié en 1970 dans la collection « Études » (1726) éditée par la Commission.

Toutefois, jusqu'à présent, la compatibilité de cette situation avec les objectifs du traité ne semble guère avoir été étudiée, que ce soit sous l'angle de la politique de concurrence ou du point de vue de la réalisation de l'union économique.

Ainsi, le *Premier rapport sur la politique de concurrence* (1727), publié par la Commission en avril 1972, ne contient aucun examen des effets sur la concurrence des législations nationales en matière de prix. Le Parle-

(1724) Doc. 1188-2/XIV/67.
(1725) Doc. 19877/XIV/69.
(1726) Série Concurrence – Rapprochement des législations, n° 9, Bruxelles.
(1727) Joint au *Cinquième rapport général sur l'activité des Communautés*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ment européen, dans sa résolution sur ce rapport, n'y fait pas davantage allusion (1728). Les rapports suivants gardent eux aussi le silence à ce sujet.

De même, le Troisième programme de politique économique à moyen terme (1729), tout en insistant sur la nécessité d'assurer la compatibilité de l'évolution des prix dans la Communauté (1730), ne contient qu'une simple allusion au développement d'une « politique des prix » (1731) ; dans l'esprit de ses auteurs, il ne s'agit que de coordonner les politiques nationales et non d'instituer une politique communautaire en la matière (1732).

Dans la résolution adoptée par le Conseil le 5 décembre 1972 sur les actions à mener contre l'inflation (1733), il est prévu que « les États membres utiliseront, dans des conditions adaptées à leur situation respective, leurs dispositifs de surveillance de l'évolution des prix des produits industriels et des services, pour assurer la compatibilité de cette évolution avec l'objectif global de la politique des prix, pour éviter des phénomènes cumulatifs de hausse et pour faire bénéficier les consommateurs d'une partie des gains de productivité des entreprises ». La résolution ajoute que « l'utilisation de ces dispositifs fera l'objet d'une *information* et d'une *concertation* au niveau communautaire », sans qu'une véritable politique commune ne soit annoncée ici non plus (1734).

Il n'en importe pas moins de rechercher si le caractère national des réglementations de prix n'est pas susceptible d'entrer en conflit avec l'esprit et la lettre du traité. Après avoir examiné de quelle manière se répartissent les compétences entre la Communauté et les États membres en matière de réglementation de prix, nous verrons si ces réglementations, dans la mesure où elles s'appliquent aux produits importés, ne sont pas susceptibles de constituer des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives interdites par les articles 30 et suivants du traité C.E.E. Dans un troisième chapitre, nous nous demanderons si, dans certains secteurs, le pouvoir des États de réglementer les prix n'est pas soumis à des limitations, voire même entièrement transféré aux institutions communautaires. Un quatrième chapitre recherchera si les réglementations nationales de prix, dans la mesure où elles ne sont pas interdites par les dispositions explicites des traités, ne doivent pas néanmoins être considérées comme incompatibles avec le système général et les

(1728) Résolution sur le Premier rapport de la Commission des Communautés européennes sur la politique de concurrence, *J.O.C.E.*, n° C 14 du 27 mars 1973, p. 8.

(1729) *J.O.C.E.*, n° L 49 du 1er mars 1971, pp. 5 et suiv.

(1730) N° 48, p. 22 et n° 102, p. 32.

(1731) N° 69, p. 26.

(1732) Voyez notamment n° 21, p. 12.

(1733) *J.O.C.E.*, n° C 133 du 23 décembre 1972, p. 12.

(1734) Voy. point II, alinéas 2 et 3 de la résolution.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

objectifs du traité C.E.E. Enfin, dans un dernier chapitre, seront envisagées les solutions aux difficultés relevées précédemment.

CHAPITRE PREMIER
La répartition des compétences entre Communauté et États membres en matière de réglementation des prix

On ne saurait contester que, dans la situation actuelle, la politique économique, et notamment la politique de conjoncture, constituent des domaines dans lesquels la compétence appartient en premier ressort aux États membres. Ceci ressort clairement des articles 6, paragraphe 1 et 103 à 105 du traité. Il en va de même de la compétence en matière de réglementation des prix, cette réglementation étant un des instruments par lesquels les États s'efforcent de maîtriser leur conjoncture économique.

Il ne s'ensuit pas cependant que les actions menées par les États membres en matière de prix soient soustraites à tout contrôle communautaire. En effet, ce n'est pas parce qu'une mesure étatique poursuit un objectif de politique économique que cette mesure échappe nécessairement à l'emprise du droit communautaire (1735). L'exercice par un État membre de compétences retenues ne saurait lui permettre de prendre unilatéralement des mesures qu'interdit le traité (1736). Il se peut donc parfaitement qu'une mesure nationale de contrôle des prix soit illégale si elle va à l'encontre d'une disposition du traité. De même, sera illégale la prétention d'un État d'appliquer sa réglementation sur les prix à des secteurs soumis à la compétence exclusive des autorités communautaires.

En outre, les États membres ont l'obligation de s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs du traité (1737). Le caractère juridiquement contraignant de cette obligation a été affirmé par la Cour de justice (1738). S'il s'avère que l'application d'une législation nationale de prix se heurte à l'un des objectifs fondamentaux du traité, il appartient à l'État membre en cause soit de ne plus l'appliquer, soit de l'aménager de façon à la rendre compatible avec les objectifs du traité.

(1735) Pareille déduction erronée est parfois faite par les tribunaux. Voy. notamment Tribunal d'arrondissement de Dordrecht, 24 novembre 1970, *N.J.*, 1971, n° 138, spéc. p. 384 : « De Rb. stelt voorop, dat de betreffende Prijzenbeschikkingen in zoverre zij beogen het nationaal prijspeil te stabiliseren, in overeenstemming moeten worden geacht met art. 104 E.E.G.-Verdrag, waarin aan de Lid-Staten onder meer wordt voorgeschreven te zorgen voor een stabiel prijspeil. »

(1736) Cour de justice, arrêt du 12 décembre 1969, affaires jointes 6 et 11-69, *Commission contre République française*, *Recueil*, tome XV, pp. 523, 540.

(1737) Article 5, alinéa 2 du traité.

(1738) Arrêt du 8 juin 1971, affaire n° 78-70, *Deutsche Grammophon*, *Recueil*, tome XVII, pp. 487, 498 et suiv.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Enfin, il ne faut pas perdre de vue que le traité impose aux États membres l'obligation de coordonner leurs politiques économiques dans la mesure nécessaire pour réaliser les objectifs du traité (1739). En ce qui concerne plus particulièrement la politique de conjoncture, l'article 103 va plus loin puisqu'il prévoit, en son paragraphe 2, la possibilité pour le Conseil, sur proposition de la Commission, de décider à l'unanimité des « mesures appropriées à la situation », ces mesures pouvant, aux termes du paragraphe 3 du même article, faire l'objet de dispositions d'application décidées à la majorité qualifiée par le Conseil sur proposition de la Commission. Cet article pourrait donc servir de base à l'adoption de mesures communautaires en matière de prix, sans préjudice de l'application d'autres dispositions du traité, et notamment des articles 100 à 102 et 235.

CHAPITRE II
LES RÉGLEMENTATIONS NATIONALES DE PRIX AU REGARD DES ARTICLES 30 ET SUIVANTS DU TRAITÉ C.E.E.

L'article 30 du traité C.E.E. interdit entre États membres les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent. Au cours de la période de transition, les restrictions quantitatives et les mesures d'effet équivalent devaient être progressivement supprimées (article 33). Il est interdit aux États membres d'introduire de nouvelles restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent (article 31) et de rendre plus restrictifs les contingents et les mesures d'effet équivalent existant à la date d'entrée en vigueur du traité (article 32). Les restrictions quantitatives à l'exportation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, devaient être supprimées au plus tard à la fin de la première étape de la période de transition, à savoir le 31 décembre 1961 (article 34).

Il résulte de ces textes que, depuis le 1er janvier 1970 (fin de la période de transition), toute mesure ayant un effet équivalant à une restriction quantitative entre États membres est interdite.

En vertu de l'article 42 de l'acte relatif aux conditions de l'adhésion du Royaume-Uni, du Danemark et de l'Irlande aux Communautés européennes, annexé au traité d'adhésion du 22 janvier 1972, les mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives existant dans les relations entre la Communauté originaire et les nouveaux États membres devaient être totalement supprimées au 1er janvier 1975.

Les réglementations nationales de prix peuvent-elles constituer des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives interdites par le traité ? Pour répondre à cette question, nous rechercherons le sens

(1739) Articles 6, paragraphe 1er et 105.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

qui doit être reconnu à cette notion, puis nous examinerons si elle peut englober des mesures de politique économique telles celles prises en exécution des législations sur les prix, et si elle peut viser des mesures applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, comme le sont généralement les mesures de prix.

Section 1
La notion de mesure d'effet équivalent.

Il nous faut maintenant examiner la notion de mesure d'effet équivalent, telle qu'elle se dégage de la pratique de la Commission et de la jurisprudence de la Cour de justice, afin d'examiner si une mesure d'application de la réglementation des prix peut correspondre à cette notion.

Dans son *Premier rapport général sur l'activité des Communautés*, publié en 1968, la Commission a défini la notion de mesure d'effet équivalent comme comprenant « les dispositions législatives, réglementaires et administratives, ainsi que les pratiques administratives, qui font obstacle à des importations ou à des exportations, y compris celles qui rendent les importations ou les exportations plus onéreuses ou plus difficiles au regard de l'écoulement de la production nationale sur le marché national » (1740).

Dans son *Sixième rapport général*, de 1972, la Commission a précisé ce qui suit :

> « La mesure d'effet équivalent doit donc être définie par rapport à l'effet qu'elle a sur les importations ou les exportations. De même que la restriction quantitative empêche les importations ou les exportations qui pourraient avoir lieu au-delà des quantités consenties (qui peuvent à la rigueur être nulles), la mesure d'effet équivalent fait obstacle, totalement ou partiellement, aux importations ou aux exportations qui pourraient avoir lieu en son absence (1741). »

Il suffit d'une possibilité théorique que les échanges soient restreints, sans qu'il faille démontrer que la mesure a cet effet (1742). En effet, les contingents doivent être supprimés, sans qu'il soit nécessaire d'examiner s'ils ont un effet restrictif ; il n'y a aucune raison d'en décider autrement pour les mesures d'effet équivalent. En outre, l'interprétation contraire entraînerait des difficultés de preuve considérables et pourrait ainsi s'avérer préjudiciable au bon fonctionnement du Marché commun.

(1740) N° 22, p. 43.

(1741) Chapitre VII, n° 588.

(1742) Voy. en ce sens les conclusions de l'avocat général M. Trabucchi précédant l'arrêt du 11 juillet 1974, affaire 8-74, *Dassonville*, *Recueil*, 1974, pp. 837, 859 : « L'interdiction n'est pas soumise, pour son applicabilité, à la condition qu'une diminution quantitative de la circulation des marchandises entre États membres se produise concrètement. »

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La Cour de justice paraît s'être ralliée à cette conception dans son arrêt *Dassonville* (1743). Elle y affirme en effet « que toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives » (1744). Le mot « potentiellement » semble bien montrer que, dans l'esprit de la Cour, il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'une diminution quantitative du volume des importations. Dans deux arrêts postérieurs, la Cour a utilisé la même formule pour définir les mesures d'effet équivalent dont l'élimination est prescrite par les règlements établissant des organisations communes de marché pour certains produits agricoles (1745).

On s'est demandé si des formalités, telles que des licences ou des visas, qui doivent être accomplies en vue de pouvoir réaliser une importation ou une exportation, constituent des mesures d'effet équivalent lorsque la licence ou le visa est délivré par l'État membre automatiquement et sans délai.

La Commission, tout en reconnaissant que pareilles formalités constituent une gêne à la réalisation d'un véritable Marché commun entre les États membres car elles sont une source de retard et de frais, a longtemps considéré qu'elles étaient compatibles avec les obligations découlant des articles 30 et suivants du traité (1746).

Ce point de vue n'a pas été partagé par la Cour de justice. Dans un arrêt du 15 décembre 1971, celle-ci a déclaré que dans les rapports entre les États membres, les articles 30 à 34 font obstacle à l'application « d'une législation nationale qui maintiendrait l'exigence, *même purement formelle*, de licences d'importation ou d'exportation ou tout autre procédé similaire » (1747). La Cour adopte donc en la matière une interprétation sévère.

Pour être interdite par le traité, il n'est pas nécessaire que la mesure atteigne les marchandises au moment ou en raison du franchissement de la frontière ; une mesure restreignant ou limitant la possibilité pour ces marchandises une fois importées de trouver des débouchés sur le marché national, constitue aussi une entrave à l'importation et donc une mesure d'effet équivalent. Ainsi, la Commission considère comme visées par le traité les mesures interdisant l'utilisation des produits importés

(1743) Cité à la note précédente.

(1744) *Ibid.*, p. 852.

(1745) Cour de justice, 30 octobre 1974, *affaire* 190-73, *Van Haaster*, *Recueil*, 1974, p. 1123 et 23 janvier 1975, affaire 31-74, *Galli*, *Recueil*, 1975, p. 47.

(1746) Réponse à la question écrite n° 83/71 de M. Dröscher, *J.O.C.E.*, n° C 68 du 8 juillet 1971, p. 9.

(1747) Affaires 51 à 54-71, *International Fruit Company*, *Recueil*, volume XVII, pp. 1107,1116. C'est nous qui soulignons.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ainsi que celles qui imposent l'utilisation des produits nationaux ou qui subordonnent un bénéfice à cette utilisation (1748). Cette interprétation a été confirmée par l'arrêt *Dassonville*, ainsi qu'il apparaît de l'utilisation des mots « directement ou indirectement » dans la formule rappelée ci-dessus.

De même, il n'est pas nécessaire que l'importation ou l'exportation soit rendue impossible : il suffit qu'elle soit plus difficile. Dans un arrêt du 12 juillet 1973 (1749), la Cour a en effet déclaré :

> « Que l'interdiction des restrictions quantitatives vise des mesures ayant le caractère de prohibition totale ou partielle, d'importation, d'exportation ou de transit, suivant le cas ;
>
> Que des mesures d'effet équivalent sont non seulement celles se présentant sous la forme de prohibition ainsi caractérisée, mais aussi d'entraves, quelle que soit leur appellation ou leur technique, ayant le même effet ; »

Section 2
Une mesure de contrôle des prix peut-elle constituer une mesure d'effet équivalent ?

§ 1. Effet des mesures de prix sur les importations.

L'économie occidentale est caractérisée depuis plusieurs années par de fortes tensions inflationnistes. L'intensité de ces tensions varie selon les pays mais aucun n'en est entièrement indemne. Il s'ensuit que, dans tous les pays de la C.E.E., les coûts de production ont tendance à s'accroître. Pour éviter une diminution inquiétante de leur rentabilité, les entreprises sont donc placées dans l'obligation de majorer leurs prix de vente afin de tenir compte de cette aggravation des coûts. Pour faire face à cette évolution, de nombreux États ont mis en place des mécanismes de contrôle leur permettant d'exercer une action directe sur les prix des biens et des services.

Lorsqu'un État applique sa législation sur les prix non seulement aux produits nationaux mais aussi aux produits importés — par exemple par un blocage généralisé des prix —, il en résultera généralement une diminution du volume de ses importations. En effet, les fournisseurs étrangers, qui voient leurs coûts continuer à s'accroître, auront tendance à délaisser ce marché et à reporter leurs ventes vers des marchés où les prix sont libres.

(1748) Directive 66/683 de la Commission du 7 novembre 1966, *J.O.C.E.*, n° 220 du 30 novembre 1966.

(1749) Affaire 2-73, *Geddo*, *Recueil*, 1973, pp. 865, 879.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Ceci pose le problème de savoir si la mesure nationale ne constitue pas une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative. Certes, on pourrait objecter que de nombreuses mesures anti-inflatoires ont pour principal objet de réduire le volume de l'activité économique et entraînent de ce fait une diminution des importations. On pourrait craindre qu'en donnant une extension trop large à la notion de mesure d'effet équivalent, on n'aboutisse à priver les États membres de toute possibilité d'intervention efficace en matière conjoncturelle.

Cette crainte ne serait cependant pas fondée. En effet, la mesure de blocage des prix atteint directement les produits importés. Elle prescrit que ces produits ne peuvent pas se vendre sur le territoire de l'État en cause à un prix supérieur à celui qui résulte du blocage. C'est parce que le prix ainsi fixé par la Belgique, par exemple, est considéré comme insuffisant par le producteur étranger que celui-ci se détourne du marché belge. Il existe donc un rapport direct de causalité entre la mesure nationale et la décision du producteur étranger de ne plus vendre en Belgique. Au contraire, dans le cas de la plupart des autres mesures conjoncturelles, telles que celles en matière de crédit, de revenus ou de fiscalité, un pareil rapport direct fait défaut. Ces mesures visent essentiellement à provoquer un ralentissement de la conjoncture en limitant la demande globale de biens et de services à l'intérieur de l'État. Ce n'est que par répercussion que les producteurs étrangers sont touchés, dans la mesure où les débouchés qui s'offrent à eux dans l'État sont restreints.

À notre avis, il est donc possible de distinguer les mesures en matière de prix des autres mesures de la politique de conjoncture des États, de telle sorte que, si l'on admet que les premières sont susceptibles de constituer des mesures d'effet équivalent, on n'aboutit pas nécessairement à priver les États membres de toute possibilité de lutte contre l'inflation.

Tant en vertu de la doctrine de la Commission, rappelée ci-dessus, que de la jurisprudence de la Cour, il paraît permis de considérer qu'une mesure de contrôle des prix puisse constituer une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative lorsqu'elle s'applique aux produits importés. En effet, pareille mesure est de nature tant à « faire obstacle, totalement ou partiellement, aux importations qui pourraient avoir lieu en son absence » qu'à « entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire ».

Trois objections ont néanmoins été avancées à l'encontre de pareille interprétation. En premier lieu, on a soutenu que la notion de mesure d'effet équivalent serait étrangère au domaine de la politique économique, dont les réglementations nationales de prix relèvent principalement. En deuxième lieu, il a été soutenu que les obstacles éventuels, que l'existence des législations nationales en matière de prix peut créer

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

pour la libre circulation des produits, ne peuvent être éliminés que par le rapprochement de ces législations conformément aux articles 100 et 102 du traité, et non en leur appliquant les interdictions édictées aux articles 30 et suivants. En troisième lieu, on a fait valoir que la notion de mesure d'effet équivalent supposerait nécessairement une discrimination au détriment des marchandises importées ; des réglementations applicables indistinctement aux produits importés et aux produits nationaux ne seraient dès lors pas susceptibles d'être comprises dans cette notion. Seules les mesures visant uniquement le prix des produits importés pourraient être interdites par le traité.

§ 2. Mesures d'effet équivalent et politique économique.

La thèse selon laquelle des mesures de politique économique, telles celles adoptées en matière de prix, ne sauraient tomber sous le coup des articles 30 et suivants doit être rejetée. En effet, il est erroné de croire que le traité laisse intacte la compétence des États membres en matière de politique économique (1750). Si, en principe, les États membres demeurent compétents pour adopter des mesures en cette matière, cette compétence est limitée par les interdictions découlant du traité. Il n'est donc pas possible d'affirmer la licéité d'une mesure en se bornant à constater qu'elle relève de la politique économique ; il faut pousser plus loin l'examen et rechercher si elle ne réunit pas les éléments d'une des interdictions du traité.

Graf, tout en reconnaissant que le traité ne laisse pas intacte la compétence des États membres en matière de politique économique, estime que pareilles mesures ne peuvent cependant constituer des mesures d'effet équivalent au sens des articles 30 et suivants. Selon lui, le traité ayant entendu réserver la souveraineté des États membres en la matière, il faudrait « tenir compte de cette décision fondamentale dans la détermination des mesures d'effet équivalent ». Dès lors, la notion de mesure d'effet équivalent devrait être interprétée de manière restrictive (1751). P. Ulmer se prononce dans le même sens (1752).

Le caractère fallacieux de ce raisonnement est apparent. Il perd de vue que l'objectif du traité est de créer un Marché commun, c'est-à-dire une zone dans laquelle les échanges se font dans des conditions analogues à celles d'un marché intérieur, et non de protéger la souveraineté des États membres en matière de politique économique. De nombreuses

(1750) Cour de justice, arrêt du 12 décembre 1969, affaires jointes 6 et 11-69, *Commission c. République française*, *Recueil*, tome XV, p. 523, 540 (précité).

(1751) M. Graf, *Der Begriff « Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Einfuhrbeschränkungen » in dem EWO-Vertrag*, Cologne, 1972, p. 54.

(1752) P. Ulmer, « Zum Verbot mittelbarer Einfuhrbeschränkungen im E.W.G.-Vertrag », *GRUR-AIT*, 1973, pp. 502, 503 ; voy. cependant ce qui est dit à la p. 511 du même article.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

dispositions du traité limitent la liberté d'action des États membres en matière économique. Il en est notamment ainsi de celles qui prohibent les droits de douane et les restrictions quantitatives, instruments traditionnels de la politique économique des États avant l'entrée en vigueur du traité. Ceci étant, on n'aperçoit pas pourquoi la notion de mesure d'effet équivalent devrait être interprétée de manière à réserver la liberté d'action des États en matière économique. Du moment qu'une mesure de politique économique est de nature à exercer directement une incidence défavorable sur les importations ou les exportations, comme c'est le cas de certaines mesures en matière de prix, il est conforme non seulement au but mais aussi au texte du traité de la considérer comme interdite.

Il demeure, cependant, que la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative suppose que la mesure touche *directement* soit l'importation ou l'exportation elles-mêmes, soit la commercialisation ou l'utilisation du produit importé. Une mesure de politique économique globale, telle une augmentation du taux d'escompte ou du niveau minimum des réserves bancaires, quoique susceptible d'exercer une influence indirecte sur les échanges, ne saurait être assimilée à une mesure d'effet équivalent interdite par le traité, faute d'un lien suffisamment concret et direct avec des produits déterminés.

La Commission a admis, dans sa directive 70/50 du 22 décembre 1969 (1753), que des mesures relevant de la législation des prix peuvent constituer des mesures d'effet équivalent lorsqu'elles ont un caractère discriminatoire à l'égard des produits importés.

La Commission énumère parmi ces mesures celles qui :

> « a) imposent, pour les seuls produits importés, des prix minima ou maxima respectivement en dessous ou au-dessus desquels les importations sont interdites, réduites ou soumises à des conditions susceptibles de faire obstacle aux importations ;
>
> b) imposent des prix moins avantageux pour les produits importés que pour les produits nationaux ;
>
> c) fixent des marges bénéficiaires ou tous autres éléments de prix pour les seuls produits importés ou les fixent d'une façon différente pour les produits nationaux et les produits importés, au détriment de ces derniers ;
>
> d) rendent impossible la majoration éventuelle du prix du produit importé correspondant aux frais et charges supplémentaires inhérents à l'importation ;
>
> e) fixent les prix des produits en fonction du prix de revient ou de la qualité des seuls produits nationaux à un niveau tel qu'il en résulte un obstacle à l'importation... »

(1753) *J.O.C.E.*, n° L 13 du 19 janvier 1970, p. 29.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

§ 3. Mesures d'effet équivalent et rapprochement des législations.

Certains ont cru pouvoir trouver dans les dispositions du traité relatives au rapprochement des législations un argument à l'encontre d'une interprétation large de la notion de mesure d'effet équivalent (1754). Ils soulignent qu'en principe le traité ne porte pas atteinte à la compétence législative des États membres. Les difficultés qui résultent pour le bon fonctionnement du Marché commun des disparités législatives doivent être éliminées au moyen de directives adoptées par le Conseil sur proposition de la Commission selon la procédure prévue aux articles 100 à 102. Les articles 30 et suivants seraient inapplicables.

Cette opinion méconnaît que les articles 100 à 102 ne sont applicables à une mesure législative que pour autant que celle-ci n'est pas interdite par une disposition spécifique du traité. Si l'adoption par un État membre d'une disposition législative constitue une mesure d'effet équivalent, celle-ci sera interdite par les articles 30 et suivants sans qu'il soit nécessaire d'attendre l'adoption d'une directive en application des articles 100 à 102 (1755).

Ainsi, les articles 100 à 102, ayant un caractère subsidiaire par rapport aux interdictions spécifiques du traité, ne sauraient être invoqués à l'encontre de l'application des articles 30 et suivants aux réglementations nationales de prix (1756).

§ 4. Le problème des mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés.

Certaines mesures de contrôle des prix s'appliquent aux seuls produits importés. Elles revêtent de ce fait incontestablement un caractère discriminatoire et sont interdites par l'article 30 du traité, ainsi que la Commission l'a reconnu dans l'article 2 (3) (a) à (e) de sa directive 70/50 (voy. à ce sujet *supra*).

D'autres mesures s'appliquent aux seuls produits d'origine nationale, et laissent toute liberté aux vendeurs étrangers d'établir librement le prix auquel ils écouleront leurs produits sur le territoire national. De telles

(1754) R.C. Béraud, « Les mesures d'effet équivalent au sens des articles 30 et suivants du Traité de Rome », *Rev. trim. dr. eur.*, 1968, p. 289 ; M. Graf, *op. cit.*, pp. 55-56, C.D. Ehlermann, « Die Bedeutung des Artikels 36 E.W.G.V. für die Freiheit des Warenverkehrs », *EuR*, 1973, pp. 1, 5 ; P. Ulmer, article cité, p. 503 ; voy. pourtant ce que dit cet auteur à la p. 511 du même article ; W. Dona-Viscardini, « Les mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives », *RMC*, 1973, pp. 224, 231.

(1755) Voy. en ce sens la prise de position très ferme de M. Trabucchi dans ses conclusions précédant l'arrêt *Dassonville* précité (*Recueil*, 1974, p. 854) : « On ne peut parler de rapprochement des législations que dans la mesure où les dispositions internes considérées ne sont pas, en elles-mêmes, interdites par le traité. »

(1756) Voy. pourtant M. Graf, *op. cit.*, pp. 55 et 56 ; C.-D. Ehlermann, *op. cit.*, p. 5.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

mesures ne soulèvent pas de problème sous l'angle de l'article 30 du traité.

Les mesures les plus nombreuses — et celles qui posent les problèmes les plus délicats — sont celles qui visent tant les produits nationaux que les produits importés. De telles mesures relèvent-elles de l'article 30 du traité, si elles sont de nature à produire une réduction du volume des importations ?

a) *Thèse selon laquelle des mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés ne constituent jamais des mesures d'effet équivalent.*

On soutient parfois que des mesures applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés échapperaient par nature à la notion de mesure d'effet équivalent, tout élément de discrimination faisant défaut dans ce cas (1757).

La thèse paraît difficilement défendable sous une forme aussi absolue. En effet, il arrive fréquemment que des États adoptent des réglementations non formellement discriminatoires — par exemple concernant la composition, la dénomination ou l'étiquetage des produits — dans le but inavoué d'empêcher ou de restreindre les importations. Pareilles restrictions déguisées sont incontestablement interdites par le traité, ainsi que le prouve le texte de l'article 36 *in fine* (1758). La jurisprudence (1759) et la majorité de la doctrine (1760) sont en ce sens.

La notion de discrimination ne suppose pas nécessairement que les produits nationaux et importés soient soumis à un traitement différent. Ainsi que l'a confirmé la Cour de justice, la discrimination peut être non seulement formelle mais aussi matérielle. Il y a discrimination matérielle lorsqu'on traite de manière identique des situations différentes (1761). Dès lors, une mesure nationale imposant un traitement identique aux produits importés et aux produits nationaux peut parfaitement entraîner une discrimination matérielle si, en fait, la situation particulière des

(1757) M. Seidel, « Der E.W.G.-rechtliche Begriff der "Massnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmässige Beschränkung" », *N.J.W.*, 1967, pp. 2081, 2084 ; M. Graf, *op. cit.*, *passim*.

(1758) « Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres. »

(1759) Trib. civ. Bruxelles, 9 juin 1966, *Pas.*, 1966, III, 120 ; *J.T.*, 1968, p. 98 ; *Cah. dr. eur.*, 1968, p. 550.

(1760) J.-L. Fagnart, note sous Trib. civ. Bruxelles, 9 juin 1966, *Cah. dr. eur.*, 1968, p. 550 ; R.C. Béraud, article cité, *Rev. trim. dr. eur.*, 1968, pp. 289 et 290 ; D. Ehle, article cité, *A.W.D.*, 1967, p. 455 ; C.D. Ehlermann, *op. cit.* ; E. Steindorff, « Dienstleistungsfreiheit und Ordre public », *Dienstleistungsfreiheit und Versicherungsaufsicht im Gemeinsamen Markt*, Stuttgart, 1971, pp. 77, 83.

(1761) Arrêt du 17 juillet 1063, affaire 13-63, *Italie c. Commission*, *Recueil*, tome IX, pp. 335, 360 à 362.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

produits importés aurait, eu égard aux objectifs du traité, justifié un traitement différent de celui réservé aux produits nationaux.

b) *Thèse de la Commission : des mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés peuvent exceptionnellement constituer des mesures d'effet équivalent.*

La Commission a adopté une thèse plus nuancée. Dans sa directive 70/50 du 22 décembre 1969 (1762), elle considère qu'en principe des mesures relatives à la commercialisation des produits, qui sont indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés, ne constituent pas des mesures d'effet équivalent, leurs effets sur la libre circulation des marchandises « étant normalement inhérents aux disparités des réglementations appliquées par les États membres en la matière ». Elle ajoute toutefois qu'il peut en être autrement lorsque ces mesures produisent « des effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises qui dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce ». Tel est notamment le cas lorsque ces effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises sont « hors de proportion par rapport au résultat recherché » ou lorsque le même objectif « peut être atteint tout aussi bien par un autre moyen qui entrave le moins les échanges ».

Une interprétation similaire résulte de la directive 70/32 de la Commission du 17 décembre 1969 concernant les fournitures de produits à l'État, à ses collectivités territoriales et aux personnes morales de droit public (1763). La Commission y distingue aussi entre les dispositions et pratiques applicables aux seuls produits importés, qui sont interdites dès lors qu'elles font obstacle à des importations qui pourraient avoir lieu en leur absence, et les dispositions et pratiques comportant des prescriptions techniques applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, lesquelles ne sont interdites, même si elles produisent des effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises, que si ces effets « dépassent le cadre des effets propres aux dispositions de l'espèce et peuvent, dès lors, produire un effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation » (1764).

La position de la Commission a été explicitée dans le *Sixième rapport général sur l'activité des Communautés* (1765). Après avoir défini la mesure

(1762) *J.O.C.E.*, n° L 13 du 19 janvier 1970, p. 29. Cette thèse avait déjà été annoncée dans la réponse à la question écrite n° 64 de M. Deringer, *J.O.C.E.*, n° 169 du 26 juillet 1967, p. 11, et dans le *Premier rapport général sur l'activité de la Communauté*, 1968, n° 22. La Commission y affirme que, « dans la plupart des cas », des mesures indistinctement applicables ne constituent pas des mesures d'effet équivalent.

(1763) *J.O.C.E.*, n° L 13 du 19 janvier 1970.

(1764) Considérant n° 8 de l'exposé des motifs ; voy. aussi l'article 3 (3).

(1765) 1972, chapitre VII, n° 588.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'effet équivalent comme celle qui « fait obstacle, totalement ou partiellement, aux importations ou aux exportations qui pourraient avoir lieu en son absence », la Commission ajoute :

> « L'on ne saurait néanmoins condamner en tant que mesure d'effet équivalent toute mesure qui fait obstacle aux échanges en raison de cet effet, car certaines mesures sont déjà visées par le traité sous leur dénomination propre (droit de douane, taxe, aide) et d'autres sont en elles-mêmes permises en tant qu'expression ou moyen d'expression de certains pouvoirs explicitement *ou implicitement* (1766) retenus par les États membres. C'est le cas, par exemple, en l'absence de réglementations communautaires, de réglementations de commerce ou de procédures de dédouanement. Dès lors qu'une mesure est licite, parce qu'elle rentre dans le cadre des facultés dont disposent les États membres, elle ne saurait être considérée comme illégale en raison de l'effet restrictif sur les importations ou les exportations qu'elle comporte, si cet effet lui est inhérent. Les mesures d'une telle nature ne sont à qualifier de mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives que si leur effet restrictif sur les échanges dépasse ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi, cet objectif devant être, bien entendu, conforme au droit communautaire. »

La thèse ainsi exposée n'a pas toujours été soutenue par la Commission avec autant de rigueur. Dans la première formulation donnée à sa doctrine sur ce point, la Commission insistait sur le fait que des mesures indistinctement applicables *peuvent*, dans certains cas, constituer des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives (1767). L'accent était mis sur la possibilité d'englober les mesures indistinctement applicables parmi les mesures d'effet équivalent lorsqu'elles produisent des effets restrictifs, tandis qu'aujourd'hui, la Commission s'attache avant tout à souligner que, *malgré leurs effets restrictifs*, les mesures indistinctement applicables ne sont pas nécessairement des mesures d'effet équivalent.

Trois auteurs ont marqué leur adhésion à l'interprétation de la Commission (1768).

(1766) C'est nous qui soulignons.

(1767) Réponse complémentaire à la question écrite n° 118 de M. Deringer, *J.O.C.E.*, 29 mars 1967, p. 901. Ce n'est que dans la réponse à la question n° 64 du même membre du Parlement européen, publiée au *J.O.C.E.* du 26 juillet 1967 (p. 11), que la Commission affirme pour la première fois que des mesures indistinctement applicables ne constituent pas, « dans la plupart des cas », des mesures d'effet équivalent. Encore ne s'agit-il là que d'une constatation de fait, tandis que dans la directive 70/50 cette affirmation est érigée au rang de présomption générale, susceptible d'être renversée uniquement dans certains cas limitativement énumérés.

(1768) R.C. Béraud, C.-D. Ehlermann et W. Dona-Viscardini ; voy. articles cités. Quoique ces auteurs se soient exprimés en leur nom personnel, il n'est pas sans intérêt de souligner qu'ils étaient tous trois fonctionnaires au service juridique de la Commission lorsqu'ils rédigèrent les articles en question.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

c) *Thèse de P. Ulmer.*

Dans un article récent, le professeur Peter Ulmer propose une troisième interprétation de la notion de mesure d'effet équivalent (1769). Faisant observer qu'il est souvent difficile de distinguer entre mesures applicables aux seuls produits importés et mesures indistinctement applicables (1770), il critique le traitement plus sévère réservé par la Commission aux premières qu'aux secondes. Pour lui, une mesure applicable aux *seuls* produits importés devrait être considérée comme justifiée, même en dehors des cas prévus à l'article 36 du traité, si elle est nécessaire pour atteindre un objectif légitime en soi et si la restriction des échanges qui en résulte n'est pas hors de proportion avec le but poursuivi (1771).

Le point de vue d'Ulmer rejoint celui de la Commission en ce qu'il considère que des mesures étatiques qui ont un effet restrictif ne sont pas nécessairement interdites ; elles ne le sont que si cet effet est « excessif » (*Beschränkungsüberschuss*) (1772). Il s'en sépare en ce qu'il considère qu'une mesure applicable aux seuls produits importés peut échapper à l'interdiction si elle n'exerce pas un effet « excessivement » restrictif alors que, pour la Commission, seules les mesures indistinctement applicables sont à apprécier sous l'angle de ce critère.

d) *Critique.*

Ni la thèse de la Commission, ni celle du professeur P. Ulmer, ne nous paraissent pouvoir être partagées (1773).

Peter Ulmer a mis en évidence la fragilité de la distinction entre mesures applicables aux seuls produits importés et mesures indistinctement applicables. Ainsi, la Commission considère que ne sont pas « indistinctement applicables » les mesures qui « déprécient un produit importé, notamment en provoquant une diminution de sa valeur intrinsèque » (1774). Or, l'obligation d'indiquer l'origine des marchandises commercialisées sur le territoire national peut dans certains cas, même lorsqu'elle s'applique aussi aux produits nationaux, provoquer une diminution de la valeur des produits importés. De même, la Commission considère que les mesures qui subordonnent l'accès au marché national

(1769) P. Ulmer, « Zum Verbot mittelbarer Einfuhrbeschränkungen im E.W.G.-Vertrag, *GRUR-AIT*, 1973, pp. 502 et suiv.

(1770) Pp. 508 et 509.

(1771) Pp. 512 à 514.

(1772) P. 511.

(1773) Voy. aussi, dans notre sens, P. VebLoren van Themaat, « Bevat artikel 30 van het E.E.G.-Verdrag slechts een non-discriminatiebeginsel ten aanzien van invoerbeperkingen ? », *S.E.W.*, 1967, p. 632 et « E.E.G.-richtlijnen betreffende discriminerende aankooppolitiek van overheidsinstellingen, discriminerende prijsvoorschriften en andere maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen », *S.E.W.*, 1970, p. 258. Nous avons déjà soutenu la même thèse *in Droit de la Communauté économique européenne*, tome 1, pp. 102 et 103.

(1774) Article 2 (3) (f) de la directive 70/50.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

des produits importés à la condition d'avoir un répondant ou un représentant sur le territoire de l'État membre importateur sont interdites *de plano* (1775). Or, pareilles mesures peuvent facilement être libellées de façon à s'appliquer tant en cas de vente de produits nationaux qu'en cas d'importation sans que leurs effets en soient moins restrictifs (1776).

Si nous sommes d'accord avec Ulmer sur ce point, nous en tirons cependant des conclusions opposées aux siennes. À notre avis, dès l'instant où une mesure a pour effet de restreindre les échanges de marchandises entre États membres, elle doit être considérée comme interdite par le traité, qu'elle soit applicable aux seuls produits importés ou qu'elle s'applique aux produits nationaux similaires. Nous allons tenter de le démontrer.

1) *L'« équivalence » avec les restrictions quantitatives*.

S'il est un point sur lequel règne l'unanimité, c'est que les restrictions quantitatives sont interdites indépendamment de leur effet discriminatoire ou protecteur. Il n'a jamais été prétendu qu'un État pourrait justifier l'application de restrictions quantitatives en démontrant que celles-ci s'appliquent indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés (1777).

Dès lors, il est logique de considérer comme « équivalant » à une restriction quantitative une mesure de nature à freiner les importations, même si elle s'applique aussi aux produits nationaux. En effet, le but du traité étant de libérer le commerce intracommunautaire des entraves étatiques, il n'est d'aucun intérêt de savoir si une mesure affecte également la production nationale ; ce qui compte, c'est que les importations ou les exportations sont rendues plus difficiles.

2) *L'article 36*.

Le traité a tenu compte de la nécessité de permettre aux États membres de sauvegarder leurs intérêts légitimes. À cette fin, l'article 36 déclare autorisées les interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de la préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique, ou de protection de la propriété industrielle et commerciale.

(1775) Article 2 (3) (g) de la directive 70/50.

(1776) P. Ulmer, article cité, p. 508.

(1777) Ceci est admis même par les auteurs qui estiment que les mesures d'effet équivalent doivent au moins en principe avoir un caractère discriminatoire : M. Graf, *op. cit.*, pp. 111 à 113 ; voy. aussi C.D. Ehlermann, article cité, p. 6 ; R.C. Béraud, article cité, p. 287 ; P. Ulmer, article cité, p. 509.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Or, les mesures visées par cette disposition sont, dans leur majorité, applicables indistinctement aux produits importés et aux produits nationaux. Si les auteurs du traité ont estimé nécessaire de consacrer une disposition explicite en vue d'établir leur licéité, c'est bien parce qu'ils considéraient que ces mesures auraient sinon été interdites.

La dernière phrase de l'article 36 précise d'ailleurs que « ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres ». Cette précaution ne s'explique que si l'on admet que les restrictions visées par l'article 36 peuvent consister en des mesures indistinctement applicables.

Si des mesures indistinctement applicables n'étaient interdites que lorsqu'elles restreignent les échanges dans une mesure excessive, l'article 36 perdrait la majeure partie de sa signification. Si l'on passe en revue les motifs que cette disposition retient comme justifiant des restrictions au commerce intracommunautaire, on constate que rares sont les cas où elle trouverait encore à s'appliquer.

Ainsi, des restrictions d'importation ne sauraient être « justifiées » par des raisons de moralité publique, d'ordre public ou de sécurité publique que si elles s'appliquent également aux produits nationaux (1778). Il en va de même de la plupart des mesures prises en vue de protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou de préserver les végétaux : sauf dans les rares cas où l'application d'une mesure d'ordre sanitaire aux seuls produits importés se justifie par les risques particuliers créés par ceux-ci, pareille mesure devra normalement être non discriminatoire pour pouvoir bénéficier de l'application de l'article 36. En ce qui concerne les restrictions fondées sur l'exercice de droits de propriété industrielle ou commerciale, la Cour de Justice a décidé, dans son arrêt *Deutsche Grammophon*, qu'elles ne peuvent être considérées comme justifiées lorsqu'elles se fondent sur la seule circonstance que les produits importés ont été mis en circulation sur le territoire d'un autre État membre (1779). La Cour estime donc que l'exercice de droits de propriété industrielle ou commerciale pour empêcher les importations parallèles n'est justifié que lorsque les motifs qui l'inspirent auraient autorisé le titulaire à agir en contrefaçon contre des produits d'origine nationale. En d'autres mots, ici aussi, seules des mesures indistinctement applicables sont susceptibles d'être justifiées (1780).

(1778) Voy. en ce sens C.D. Ehlermann, article cité, p. 14.

(1779) Arrêt du 8 juin 1971, affaire 78-70, *Recueil*, tome XVII, pp. 487, 498 et suiv. ; voy. aussi l'arrêt du 25 novembre 1971, affaire 22/71, *Béguelin*, *Recueil*, tome XVII, pp. 949, 958 et suiv. et les arrêts du 31 octobre 1974, affaires 15-74 et 16-74, *Sterling Drug* et *Winthrop*, *Recueil*, 1974, pp. 1147 et 1183.

(1780) Interprète l'arrêt dans le même sens : P. Ulmer, article cité, p. 506.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Seule la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique est de nature à justifier des mesures formellement discriminatoires. Encore ne s'agit-il pas en l'espèce de restrictions d'importation, mais d'exportation.

Il est donc clair que, dans la thèse de la Commission et *a fortiori* dans celle de Peter Ulmer, l'article 36 a une portée extrêmement restreinte (1781).

3) *Comparaison avec les dispositions relatives aux droits de douane et aux taxes d'effet équivalent*.

Les dispositions relatives à l'élimination des restrictions quantitatives et des mesures d'effet équivalent font partie du titre premier, consacré à la libre circulation des marchandises, de la deuxième partie du traité. Il est donc raisonnable de leur donner une interprétation parallèle à celle des règles relatives à l'élimination des droits de douane et des taxes d'effet équivalent. Or, en ce qui concerne les droits de douane, le traité les interdit indépendamment de tout caractère discriminatoire ou protecteur. Ceci résulte de l'article 17, aux termes duquel l'obligation pour les États membres d'éliminer leurs droits de douane est applicable aux droits à caractère fiscal, c'est-à-dire ceux qui frappent des produits n'entrant pas en concurrence avec une production nationale.

La Cour de justice en a déduit très logiquement, dans son arrêt du 1er juillet 1969 (1782), qu'une charge pécuniaire, fût-elle minime, pouvait constituer une taxe d'effet équivalent « alors même... qu'elle n'exercerait aucun effet discriminatoire ou protecteur ». La Cour précise au même endroit qu'il n'y a pas lieu de distinguer selon que la taxe frappe des marchandises nationales ou des marchandises étrangères. Ce qui compte, c'est qu'elle les frappe « à raison du fait qu'elles franchissent la frontière ». Ainsi, les taxes d'effet équivalent sont interdites même lorsqu'elles s'appliquent indistinctement aux produits nationaux et aux produits étrangers (1783).

Il en est de même des impositions intérieures visées par l'article 95 du traité. Quoique cet article soit avant tout destiné à interdire les mesures fiscales de compensation aux frontières ayant un caractère protecteur ou discriminatoire, la Cour a déclaré qu'à défaut de production intérieure comparable, il n'était pas loisible aux États membres de frapper les produits importés de taxes intérieures d'un montant tel que la libre

(1781) Ceci est d'ailleurs admis par C.D. Ehlermann, article cité, p. 7. P. Ulmer ne reconnaît à l'article 36 que la valeur d'une « orientation » (*Richtschnur*).

(1782) Affaires jointes 2 et 3-69, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders*, *Recueil*, tome XV, pp. 211 et suiv.

(1783) Voy. en ce sens : Cour de justice, 19 juin 1973, affaire 77-72, *Capolongo*, *Recueil*, 1973, p. 611 ; 18 juin 1975, affaire 94-74, *IGAV*, inédit.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

circulation des produits à l'intérieur du Marché commun serait compromise en ce qui concerne ces produits (1784). Ici aussi, par conséquent, la discrimination n'est pas essentielle. Ce qui importe, c'est l'atteinte portée au commerce entre États membres.

4) *Autres dispositions confirmant l'applicabilité du traité aux mesures indistinctement applicables.*

L'article 37, paragraphe 2 confirme que les « mesures d'effet équivalent » visées aux articles précédents ne concernent pas uniquement les mesures qui créent une discrimination à l'encontre des produits importés (1785). Aux termes de cette disposition :

> « Les États membres s'abstiennent de toute mesure nouvelle contraire aux principes énoncés au paragraphe 1 ou qui restreint la portée des articles relatifs à l'élimination des droits de douane et des restrictions quantitatives entre les États membres. »

Étant donné que l'article 37, paragraphe 1 contient essentiellement une interdiction de discrimination, la précision contenue au paragraphe 2 ne se comprend que si l'on considère que « la portée des articles relatifs à l'élimination... des restrictions quantitatives entre les États membres » est plus étendue qu'une simple interdiction de discrimination.

Il n'est pas contestable que les articles 85 et 86 s'appliquent aux pratiques consistant à fixer des quotas de production ou des prix de vente minima applicables aussi bien aux produits nationaux qu'aux produits importés, du moment qu'ils sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres (1786). Il n'y a dès lors pas de raison *a priori* pour que les articles 30 et suivants ne reçoivent pas une interprétation similaire (1787).

5) *Caractère fondamental des dispositions relatives à la libre circulation des marchandises.*

Certes, il peut paraître à première vue surprenant que le souci du traité de protéger le commerce interétatique aille jusqu'à limiter la compétence des États membres en matière interne lorsque l'exercice de cette compétence est susceptible d'avoir des répercussions sur les échanges extérieurs. Dans les autres domaines, notamment en matière de liberté

(1784) Arrêt du 4 avril 1968, affaire 31-67, *August Stier*, *Recueil*, 1968, pp. 347, 357.

(1785) Voy. dans le même sens, P. VerLoren van Themaat, article cité, *S.E.W.*, 1967, pp. 639 et 640 ; P. Ulmer, article cité, p. 507, note 57.

(1786) Voy. notamment en ce sens l'attestation négative du 30 juin 1970 dans l'affaire *ASPA*, *J.O.C.E.*, n° L 148 du 8 juillet 1970 ; la décision d'interdiction du 16 décembre 1971 dans l'affaire *VCH*, *J.O.C.E.*, n° L 13 du 17 janvier 1972, confirmée par l'arrêt de la Cour de justice du 17 octobre 1972, affaire 8-72, *Recueil*, tome XVIII, p. 977 ; enfin la décision d'interdiction du 18 décembre 1972 dans l'affaire *Cementregeling voor Nederland*, *J.O.C.E.*, n° L 303 du 31 décembre 1972.

(1787) P. VerLoren van Themat, article cité, *S.E.W.*, 1967, p. 637.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'établissement, de libre prestation de services et de libre circulation des capitaux, le traité réserve expressément aux États membres la compétence d'adopter des réglementations applicables indistinctement aux échanges internes et aux échanges extérieurs (1788). Ne faut-il pas, par analogie, étendre le même raisonnement au domaine des échanges des marchandises (1789) ?

Pareil raisonnement ne serait pas justifié. En effet, la libre circulation des marchandises constitue le « noyau » du Marché commun.

Ceci résulte déjà de l'article 3, lequel énumère en premier lieu, parmi les domaines sur lesquels l'action de la Communauté doit porter : « l'élimination, entre les États membres, des droits de douane et des restrictions quantitatives à l'entrée et à la sortie des marchandises, ainsi que de toutes autres mesures d'effet équivalent ».

Aux termes de l'article 9, « la Communauté est *fondée* sur une union douanière qui s'étend à l'ensemble des échanges de marchandises » (1790). Tant la formulation de cet article que la place qu'il occupe soulignent l'importance que les auteurs du traité ont entendu attribuer à la libre circulation des marchandises pour la réalisation des objectifs de la Communauté. Ce caractère est encore accentué par la précision avec laquelle sont formulées les obligations souscrites par les États membres et l'automaticité caractérisant leur mise en œuvre. Par comparaison, les dispositions relatives aux autres libertés sont formulées en termes beaucoup moins précis et leur mise en œuvre laisse place à un pouvoir d'appréciation beaucoup plus considérable dans le chef des États membres et des institutions.

Le caractère fondamental des dispositions relatives à la libre circulation des marchandises a été affirmé à plusieurs reprises par la Cour de justice. Ainsi, dans un arrêt du 14 décembre 1962 (1791), la Cour a affirmé :

> « Attendu que la place des articles 9 et 12 en tête de la partie réservée aux " fondements de la Communauté ", celle de l'article 9 à l'entrée même du titre sur la libre circulation des marchandises, celle de l'article 12 à l'ouverture de la section consacrée à l'élimination des droits de douane, suffit à marquer le rôle essentiel des interdictions ainsi édictées ;
>
> « Attendu que la force de ces prohibitions est telle que, pour éviter de les voir tourner par la variété des pratiques douanières ou fiscales, le traité a voulu prévenir toute faille éventuelle dans leur mise en œuvre. »

(1788) Voy. articles 57, § 2, 66 et 68, § 2.

(1789) Telle est l'opinion de Graf, *op. cit.*, pp. 81 à 98, et de Steindorff, étude citée. Voy. en sens contraire, P. VerLoren van Themaat, articles cités, *S.E.W.*, 1967, p. 632 et 1970, p. 250.

(1790) C'est nous qui soulignons.

(1791) Affaires jointes 2 et 3-62, *Commission c. Luxembourg et Belgique*, *Recueil*, tome VIII, pp. 813, 826.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La même formule est reprise dans deux arrêts du 1er juillet 1969 (1792).

Par arrêt du 13 novembre 1964, la Cour a affirmé que « l'article 12 constitue une règle essentielle et que toute éventuelle exception, d'ailleurs d'interprétation stricte, doit être clairement prévue » (1793).

Un arrêt du 19 décembre 1961 s'était prononcé dans les mêmes termes au sujet de l'article 31 du traité, lequel interdit l'introduction de nouvelles restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent (1794).

L'arrêt du 10 décembre 1968 affirme que les dispositions du titre I de la deuxième partie du traité (c'est-à-dire les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises) :

> « mettent en œuvre la règle fondamentale de l'élimination de tous les obstacles à la libre circulation des marchandises entre les États membres par la suppression, d'une part, des droits de douane et des taxes d'effet équivalent et, d'autre part, des restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent » (1795).

Enfin, dans son arrêt du 15 décembre 1971 (déjà cité ci-avant), la Cour a déduit du caractère fondamental des articles 30 à 34 que, dans les rapports entre États membres, ceux-ci font obstacle à l'application « d'une législation nationale qui maintiendrait l'exigence, même purement formelle, de licences d'importation ou d'exportation ou tout autre procédé similaire » (1796).

Il ressort de cette jurisprudence que la Cour attribue une importance fondamentale à ce que la circulation des marchandises entre États membres soit libérée de toute espèce d'entraves étatiques, alors que la libre circulation des personnes, des services et des capitaux postule uniquement la suppression des mesures ayant un caractère discriminatoire et ne s'oppose pas à ce que l'on maintienne en vigueur des exigences purement formelles. Dès lors, le fait que le traité autorise l'adoption de réglementations indistinctement applicables dans le domaine de la circulation des personnes, des services et des capitaux, même lorsque ces réglementations pourraient exercer un effet restrictif, ne saurait être invoqué pour justifier pareilles mesures dans le domaine de la circulation des marchandises.

(1792) Affaire 24-68, *Commission c. Italie*, et affaires jointes 2 et 3-69, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders*, *Recueil*, tome XV, pp. 193 et 211.

(1793) Affaires jointes 90 et 91-63, *Commission c. Luxembourg et Belgique*, *Recueil*, tome X, pp. 1217 et suiv.

(1794) Affaire 7-61, *Commission c. Italie*, *Recueil*, tome VII, pp. 635, 655.

(1795) Affaire 7/68, *Commission c. Italie*, *Recueil*, tome XIV, pp. 617 et suiv.

(1796) Affaires jointes 51 à 54-71, *International Fruit Company*, *Recueil*, tome XVII, pp. 1107, 1116.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

6) *Réfutation des objections à l'encontre de la thèse soutenant l'applicabilité des articles 30 et suivants aux mesures indistinctement applicables*.

On a fait valoir que la thèse qui considère que les articles 30 et suivants sont susceptibles de viser des mesures étatiques applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés porterait une atteinte excessive aux besoins légitimes des États de réglementer le commerce ou d'orienter la conjoncture économique (1797). La notion de mesure d'effet équivalent ne connaîtrait plus de limites. Il en résulterait un risque de paralysie pour les États membres dans des domaines où une action est nécessaire pour la protection des consommateurs ou de l'économie dans son ensemble (1798). Il faut donc admettre que le traité réserve « implicitement » aux États le pouvoir d'édicter des mesures indistinctement applicables, même s'il doit en résulter certaines entraves au libre commerce intracommunautaire.

À notre avis, ces critiques ne sont pas justifiées.

En premier lieu, l'article 36 reconnaît aux États membres de larges possibilités d'action. Ainsi, dans le domaine des réglementations de commerce, qui ont donné lieu à la plus grande partie des discussions doctrinales, les mesures indistinctement applicables en vue de protéger les consommateurs pourront souvent être justifiées par des considérations d'ordre public ou de sécurité publique, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une interprétation extensive de ces notions (1799). Ce résultat nous paraît préférable à celui auquel aboutissent la Commission et P. Ulmer qui, en reconnaissant l'existence d'exceptions non prévues par l'article 36, ne laissent plus à celui-ci qu'une valeur exemplative.

Quant aux risques d'une extension illimitée de la notion de mesure d'effet équivalent, nous ne croyons pas qu'ils soient réels. En effet, comme nous l'avons exposé ci-dessus, seules les mesures touchant *directement* soit l'importation ou l'exportation, soit la commercialisation ou l'utilisation des produits importés, peuvent constituer des mesures d'effet équivalent. Des mesures de politique économique tendant à agir sur le volume de la demande globale et ne visant pas la vente de produits déterminés ne sauraient être assimilées à des mesures d'effet équivalent.

Le traité ne prive pas les États membres des moyens de réglementer leur commerce ou d'orienter leur conjoncture économique. Il prévoit

(1797) Voy. notamment R.C. Béraud, article cité, p. 290; P. Ulmer, article cité, p. 511; W. Dona-Viscardini, article cité, p. 231.

(1798) M. Graf, *op. cit.*, pp. 553 et 554; P. Ulmer, article cité, p. 509 et suiv.

(1799) Il s'agit là d'une critique fréquemment faite par les adversaires de la thèse que nous proposons: R.C. Béraud, article cité, p. 290; C.D. Ehlermann, article cité, p. 11; P. Ulmer, article cité, p. 510. Elle ne nous paraît pas justifiée: des mesures destinées à protéger les consommateurs contre des pratiques de nature à les induire en erreur peuvent — sans interprétation extensive — être considérées comme justifiées par des considérations d'ordre public. De même, des normes de sécurité technique sont justifiées par des impératifs de sécurité publique.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

seulement que, dans l'exercice de leurs compétences, ils ne peuvent adopter des mesures ayant pour effet prévisible et direct de restreindre les importations ou les exportations de produits.

Rien n'empêche les États membres de poursuivre les buts légitimes qu'ils se sont assignés par l'adoption de mesures non restrictives. Ainsi, en rapprochant leurs instruments législatifs et en adoptant des politiques uniformes ou tout au moins harmonisées, ils seraient en mesure d'atteindre les objectifs qu'ils poursuivent sans nuire aux échanges entre eux. Le traité prévoit des procédures à cette fin : les articles 100 à 102, déjà mentionnés, pourraient parfaitement être utilisés en vue d'adopter des réglementations commerciales harmonisées dans des cas où la protection des consommateurs exigerait des mesures qui, prises par les États en ordre dispersé, pourraient constituer des mesures d'effet équivalent non couvertes par l'article 36. De même — et ceci est particulièrement important dans le cadre de la présente étude — l'article 103 autorise l'adoption par le Conseil de mesures communes dans le domaine de la politique de conjoncture : ainsi, si l'on considère que des mesures nationales de blocage des prix sont interdites par les articles 30 et suivants lorsqu'elles sont prises unilatéralement et en ordre dispersé, du fait qu'elles exercent une incidence restrictive sur les importations, rien n'empêche les États de les remplacer par des mesures communes applicables dans toute l'étendue de la Communauté et n'ayant donc pas pour effet d'entraver les échanges intracommunautaires.

7) *Indications tirées de la jurisprudence de la Cour.*

Dans plusieurs arrêts récents, la Cour de justice a eu l'occasion de se prononcer sur la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative. Quoiqu'elle y ait été invitée à plusieurs reprises par la Commission, la Cour s'est toujours refusée à reprendre à son compte la distinction faite par la Commission entre mesures applicables aux seuls produits importés et mesures indistinctement applicables.

Ainsi, dans son arrêt *Sacchi* (1800), elle s'exprime comme suit :

> « Ainsi que le souligne l'article 3 de la Directive de la Commission du 22 décembre 1969, portant suppression des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du Traité C.E.E. (*J.O.* n° L 13/29 du 19 janvier 1970), sont susceptibles de constituer des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives celles régissant la commercialisation des produits dont les effets restrictifs dépasseraient le cadre des effets propres d'une simple réglementation du commerce ;

(1800) 30 avril 1974, affaire 155/73, *Recueil*, 1974, pp. 409, 428.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

« Que tel sera notamment le cas lorsque ces effets restrictifs sont hors de proportion avec le but poursuivi. »

On observera que, tout en citant l'article 3 de la directive, la Cour omet les mots « applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés » qui y figuraient pourtant. On peut en inférer que la Cour n'accorde pas une importance déterminante à cette condition.

Dans les observations soumises à la Cour dans l'affaire *Dassonville*, la Commission a proposé à nouveau à la Cour de considérer que des réglementations de commerce indistinctement applicables ne constitueraient pas en principe des mesures d'effet équivalent. Estimant que la réglementation belge en cause en l'espèce était applicable aux seuls produits importés ou que, même si elle était indistinctement applicable, ses effets restrictifs dépassaient le cadre de ceux d'une réglementation de commerce, elle conclut que la réglementation devait être condamnée (1801). Loin de reprendre cette distinction, l'arrêt donne de la notion de mesure d'effet équivalent la définition très large rappelée ci-dessus, laquelle englobe « toute réglementation commerciale susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire » (1802).

L'arrêt *Van Haaster*, rendu le 30 octobre 1974 (1803), est encore plus net. Il s'agissait de savoir si un régime national limitant quantitativement les surfaces cultivables d'un produit (en l'espèce les jacinthes) pouvait être considéré comme une mesure d'effet équivalent au sens de l'article 10 du règlement n° 234/68 portant établissement d'une organisation commune des marchés dans le secteur des plantes vivantes et des produits de la floriculture. Dans ses observations, la Commission s'en tint à la conception énoncée dans la directive 70/50. Constatant que des mesures de limitation de la production influent de manière égale sur le marché national et sur les exportations, elle estima que ces mesures « ne pourraient être qualifiées de mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives que dans l'hypothèse, difficilement concevable sans l'intervention de mesures complémentaires sur le plan de la commercialisation, où elles freineraient davantage les exportations que l'écoulement sur le marché national et où elles auraient un effet restrictif dépassant le cadre de leurs effets propres ».

La Cour rejeta expressément cette conception. Reprenant la formule de l'arrêt *Dassonville*, elle affirma que l'article 10 du règlement n° 234/68 excluant toute réglementation nationale susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce

(1801) 11.7.74, affaire 8/74, *Recueil*, 1974, pp. §37, 847 et 848.
(1802) *Ibid.*, p. 852.
(1803) Affaire 190/73, *Recueil*, 1974, p. 1123.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

intracommunautaire, « une organisation nationale ayant pour objet le contingentement de la production affecte, à tout le moins potentiellement, le régime d'échanges ainsi défini, et doit dès lors être considérée comme mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives au sens du règlement ».

Sauf à admettre — ce qui serait difficile — que l'expression « mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative » ait un sens différent dans l'article 30 du traité et dans le règlement n° 234/68, il faut nécessairement en conclure que la Cour rejette la thèse de la Commission selon laquelle des réglementations nationales indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits exportés ne constitueraient des mesures d'effet équivalent interdites que « si elles n'étaient pas nécessaires pour réaliser leur objectif propre ou si elles pouvaient être remplacées par une autre mesure entravant moins les échanges ».

L'arrêt *Galli* du 23 janvier 1975 (1804) renforce cette conclusion. La Cour était interrogée sur la compatibilité d'une réglementation italienne bloquant les prix et subordonnant toute majoration de ceux-ci à une autorisation préalable avec, d'une part, les règlements communautaires portant organisation commune de marchés dans les secteurs des céréales et des matières grasses et, d'autre part, avec l'article 30 du traité.

Nous aurons l'occasion de revenir sur cet arrêt dans le chapitre suivant. Il importe de signaler dès à présent que la Cour y affirme que :

> « Dans des domaines couverts par une organisation commune de marché..., les États membres ne peuvent plus intervenir, par des dispositions nationales prises unilatéralement, dans le mécanisme de la formation des prix tel qu'il résulte de l'organisation commune. »

Pour arriver à cette conclusion, la Cour constate qu'en vue de garantir la liberté des échanges intracommunautaires, les règlements agricoles comportent des dispositions destinées à éliminer tant les obstacles à la libre circulation que toutes distorsions dans le commerce intracommunautaire, dues à des interventions des États membres sur le marché, autres que celles qui sont prévues par le règlement même.

Ces règlements contiennent des dispositions qui transposent, au secteur de marché en cause, les articles 2, 3, notamment lettres a) d) et f), 9 et 30 du traité qui visent à la création d'un marché unique grâce à l'élimination de tous obstacles à la libre circulation des marchandises. La Cour poursuit :

> « Qu'un tel régime exclut toute réglementation nationale entravant directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire ;

(1804) Affaire 31/74, *Recueil*, 1975, pp. 47, 62 à 64.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

> « Que, dès lors, en ce qui concerne plus particulièrement le régime des prix, sont incompatibles avec le règlement toutes dispositions nationales dont l'effet est de produire des distorsions dans la formation des prix telle qu'elle se réalise dans le cadre des dispositions communautaires applicables. »

On pourrait certes songer à limiter la portée de l'arrêt en soulignant que la Cour ne se prononce pas au sujet de la portée de l'article 30 du traité mais uniquement au sujet des règlements d'organisations communes de marchés. Comme un grand nombre de ceux-ci comportent des dispositions habilitant les institutions communautaires à fixer les prix des produits agricoles, il se conçoit aisément que les États membres ne soient plus compétents pour intervenir dans ce domaine. Toutefois, l'arrêt affirme expressément que la règle qu'il énonce ne se limite pas aux organisations de marché reposant sur un système de prix communautaire. Il précise en effet que :

> « Si l'incompatibilité de mesures nationales destinées à influencer la formation des prix peut être particulièrement apparente dans le cas d'organisations de marchés comportant un régime communautaire de formation des prix, il n'en reste pas moins que l'existence même d'une organisation commune de marchés au sens de l'article 40, paragraphe 2, lettre c, a pour effet d'empêcher l'extension au domaine considéré de mesures unilatérales des États membres, susceptibles d'entraver le commerce intracommunautaire. »

Dès lors, c'est dans *tous* les domaines couverts par une organisation commune de marchés, et non seulement lorsque cette organisation est fondée sur un régime commun des prix, que les États sont privés du pouvoir d'intervenir dans le mécanisme de la formation des prix.

Étant admis que l'absence de pouvoir d'intervention des États n'est pas limitée aux organisations communes de marchés comportant un système de prix communautaire, il importe de se demander quels sont les motifs qui ont poussé la Cour à considérer qu'elle s'étendait aussi aux organisations sans régime de prix communs.

Du raisonnement suivi par l'arrêt, il apparaît que c'est parce que des mesures nationales unilatérales produiraient des obstacles à la libre circulation ainsi que des distorsions dans le commerce intracommunautaire que la Cour les considère comme interdites. Ainsi qu'on l'a relevé (1805), la Cour estime que des dispositions nationales dont l'effet est de produire « des distorsions dans la formation des prix » constituent des mesures « entravant » le commerce intracommunautaire.

À notre avis, rien n'interdit de penser que ce raisonnement est valable aussi en ce qui concerne les produits industriels ainsi que les produits agricoles non soumis à organisation commune de marchés. En effet, si

(1805) P. VerLoren van Themaat, note sous l'arrêt, *S.E.W.*, 1975, pp. 241, 242.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

une mesure nationale unilatérale en matière de prix est interdite lorsque les produits auxquels elle s'applique sont soumis à une organisation commune de marchés ne comportant pas de système de prix communs, on ne voit pas pourquoi il en irait différemment en ce qui concerne les produits non soumis à organisation commune de marchés. L'objectif de libre circulation des marchandises est tout aussi essentiel dans le cas de ces derniers produits. Dès lors, si l'application d'une réglementation nationale de prix produit des distorsions dans la formation des prix de ces produits et entrave de ce fait le commerce intracommunautaire, cette réglementation doit être considérée comme incompatible avec l'article 30 du traité C.E.E., dont l'objectif est d'assurer la liberté des échanges à l'intérieur de la Communauté.

8) *Conclusion*.

Nous croyons pouvoir résumer comme suit les conclusions auxquelles nous avons abouti :

— Littéralement, la notion de « mesure d'effet équivalent » peut viser tant les mesures applicables aux seuls produits importés que les mesures indistinctement applicables aux produits importés et aux produits nationaux.

— La thèse selon laquelle le traité aurait implicitement réservé la compétence des États membres d'adopter des mesures pouvant avoir des effets restrictifs sur les échanges est incompatible tant avec l'esprit qu'avec l'économie générale du traité, et notamment avec l'existence de l'article 36.

— La jurisprudence de la Cour consacre le rôle essentiel de la libre circulation des marchandises dans la construction de la Communauté ; dès lors, toute mesure entravant cette libre circulation doit être considérée comme interdite, à moins qu'une disposition du traité ne l'autorise expressément.

— Les dispositions relatives aux droits de douane et aux taxes d'effet équivalent (articles 12 et suivants), aux impositions intérieures (articles 95 et suivants), aux ententes et positions dominantes (articles 85 et 86), aux monopoles nationaux à caractère commercial (article 37), prouvent qu'à la différence des autres libertés garanties par le traité, la libre circulation des marchandises — en ce compris l'interdiction des restrictions quantitatives et des mesures d'effet équivalent — vise non seulement les mesures ayant un caractère protectionniste ou discriminatoire mais toutes mesures susceptibles de créer une entrave, même purement formelle, aux échanges à l'intérieur de la Communauté.

— Les risques d'une extension illimitée de la notion de mesure d'effet équivalent sont illusoires.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

— Le traité offre des moyens permettant aux États membres d'assurer adéquatement la défense de leurs intérêts légitimes tout en évitant que les échanges dans la Communauté soient entravés.

Section 3
Application des principes qui précèdent aux mesures nationales de contrôle des prix.

§ 1. Mesures discriminatoires.

Lorsque la législation d'un État membre impose des prix minima ou maxima pour les seuls produits importés, pareille mesure discriminatoire constitue nécessairement une mesure d'effet équivalent interdite par le traité. Une telle discrimination est expressément interdite par l'article 2 (3) (a) de la directive de la Commission du 22 décembre 1969 relative à la suppression des mesures d'effet équivalent (1806).

Il en est de même des mesures nationales qui imposent des prix moins avantageux pour les produits importés que pour les produits nationaux, de celles qui fixent des marges bénéficiaires pour les seuls produits importés ou les fixent d'une façon différente pour les produits nationaux et les produits importés, au détriment de ces derniers (1807).

Enfin, sont interdites les mesures qui rendent impossible la majoration éventuelle du prix du produit importé correspondant, aux frais et charges supplémentaires inhérents à l'importation ou qui fixent les prix des produits en fonction du prix de revient ou de la qualité des seuls produits nationaux à un niveau tel qu'il en résulte un obstacle à l'importation (1808).

§ 2. Mesures indistinctement applicables.

Il s'agissait, dans les cas qui viennent d'être évoqués, de mesures réservant un traitement moins favorable aux produits importés qu'aux produits nationaux. Or, ces mesures sont assez rares (1809). Dans la plupart des pays, les mesures prises sont soit indistinctement applicables aux produits importés et aux produits nationaux, soit applicables aux seuls produits nationaux. Nous examinerons plus loin les mesures qui s'appliquent aux seuls produits nationaux. Il s'agit de se demander ici

(1806) Voy. *supra*.
(1807) Directive précitée, article 2 (3) (b) et (c).
(1808) Directive précitée, article 2 (3) (d) et (e).
(1809) On peut citer, en Belgique, l'arrêté ministériel du 13 juin 1974 déterminant le prix de vente maximum au public des livres et publications périodiques importés, *Mon. belge* du 18 juin 1974, p. 8522.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

dans quels cas des mesures indistinctement applicables en matière de prix peuvent constituer des mesures d'effet équivalent.

a) *Mesures de blocage général des prix*.

En premier lieu, des mesures de blocage généralisé des prix, applicables tant aux produits nationaux qu'aux produits importés, paraissent de nature à être frappées par l'interdiction des articles 30 et suivants.

D'une part, de telles mesures, quoique formellement non-discriminatoires, entraînent une discrimination matérielle au sens de la jurisprudence de la Cour de justice analysée ci-dessus. En effet, les producteurs étrangers ne se trouvent pas dans une situation analogue à celle des producteurs nationaux : relevant d'un État différent, qui poursuit une politique économique indépendante, il n'arrivera qu'exceptionnellement que les facteurs influençant leurs coûts évoluent de la même manière que ceux des producteurs nationaux. Pour ceux-ci, l'effet du blocage sera souvent atténué en raison de la généralité de la mesure, celle-ci visant les prix des matières premières et semi-produits qu'ils utilisent et s'accompagnant souvent de mesures dans d'autres domaines, tels que la politique des revenus ou du crédit. Il en va différemment des producteurs étrangers. Dès lors, aussi longtemps qu'il n'existe pas une politique économique coordonnée au niveau communautaire, il est discriminatoire de soumettre les produits importés au blocage des prix qui frappe les produits nationaux.

D'autre part, même si l'on fait abstraction du caractère matériellement discriminatoire de la mesure de blocage, il n'en est pas moins vrai que, même applicable indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, elle entraîne nécessairement une diminution des importations, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut : s'agissant d'une mesure frappant directement des produits déterminés, puisqu'elle interdit leur vente à un prix supérieur au prix bloqué, il est permis d'y voir une mesure « susceptible d'entraver directement le commerce intracommunautaire » au sens de la jurisprudence *Dassonville*. Elle est donc interdite par l'article 30 du traité.

b) *Marges maximales*.

La fixation de marges maximales de distribution pour les produits nationaux et les produits importés peut elle aussi tomber sous le coup de l'article 30.

> « En effet, une telle mesure entraîne une discrimination matérielle dans la mesure où elle empêche l'importateur de répercuter dans son prix de vente les frais et charges supplémentaires inhérents à l'importation. Nous avons vu plus haut que, dans l'article 2 (3) (c) de sa directive 70/50, la Commission avait expressément rangé pareilles marges parmi les mesures d'effet équivalent, du moins lorsqu'elles sont applicables aux seuls produits importés ou

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

s'appliquent différemment aux produits nationaux et aux produits importés. Il nous paraît que la fragilité de la distinction entre mesures « formellement discriminatoires » et mesures « indistinctement applicables » est particulièrement flagrante dans ce cas. En effet, la Commission condamne, à l'article 2 (3) (d) de la même directive, les mesures qui rendent impossible la majoration éventuelle du prix du produit importé correspondant aux frais et charges supplémentaires inhérents à l'importation. Il serait très facile pour un État souhaitant tourner les dispositions de la directive de fixer une marge de commercialisation maximale applicable tant aux produits nationaux qu'aux produits importés, et qui ne tienne pas compte des frais supplémentaires inhérents à l'importation.

c) *Prix maxima*.

Les mêmes considérations s'appliquent à la fixation par voie d'autorité de prix maxima pour certains types de produits, même lorsqu'ils s'appliquent indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés.

En outre, lorsque les prix maxima sont fixés en fonction du prix de revient ou de la qualité des seuls produits nationaux, de telle sorte qu'il en résulte un obstacle à l'importation, ils sont expressément interdits par l'article 2 (3) (e) de la directive 70/50 de la Commission. Comme dans le cas des marges maximales, nous pensons que la distinction établie par la Commission entre mesures indistinctement applicables et mesures visant les seuls produits importés apparaît dans ce cas aussi comme sans justification pratique. Il suffirait à un État désireux de déjouer l'interdiction de rendre son prix maximum applicable aussi aux produits nationaux. Il n'en résulterait aucun désavantage pour ces derniers puisque, par hypothèse, le prix est établi en fonction du prix de revient ou de la qualité de ceux-ci seuls. La mesure ne toucherait en fait que les produits importés.

d) *Autres régimes*.

Même dans les régimes plus souples, tels que le régime français de la liberté contrôlée, le système belge de la déclaration de hausse ou les règles néerlandaises de conduite en matière de prix, il peut y avoir mesure d'effet équivalent si l'autorité compétente refuse d'autoriser les entreprises à répercuter intégralement dans leurs prix de vente l'incidence de la hausse des prix des produits importés (1810).

(1810) P. VerLoren van Themaat, article cité, *S.E.W.*, 1970, p. 262.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Section 4
Conséquences de l'incompatibilité des mesures de prix avec l'article 30 du traité C.E.E.

Ainsi qu'on l'a vu, le principe de l'interdiction des mesures d'effet équivalent à l'importation est devenu pleinement applicable depuis la fin de la période de transition, à savoir le 31 décembre 1969, dans les relations entre les États membres originaires des Communautés. Dans les relations avec le Royaume-Uni, le Danemark et l'Irlande, ce principe a pris effet le 1er janvier 1975.

Quoique la chose ait parfois été contestée (1811), il semble aujourd'hui certain que l'interdiction des mesures d'effet équivalent produit des effets directs dans les relations entre les États membres et leurs ressortissants. Ce point de vue était déjà accueilli par la majorité de la doctrine (1812) et il a été consacré, de manière implicite mais certaine, par la Cour de justice dans ses arrêts *Dassonville*, *Sterling Drug* et *Winthrop* (1813).

Il s'ensuit qu'en Belgique, tout intéressé a le droit de se prévaloir des dispositions de l'article 30 soit à l'appui d'un recours direct en annulation de la mesure de prix devant le Conseil d'État, soit pour s'opposer sur base de l'article 107 de la Constitution à ce qu'il soit fait application de la mesure à son cas.

CHAPITRE III
LES RÉGLEMENTATIONS NATIONALES DE PRIX ET LES POLITIQUES COMMUNAUTAIRES SECTORIELLES

Dans quatre secteurs au moins, les pouvoirs d'intervention des États membres en matière de prix ont subi d'importantes limitations. Il s'agit des secteurs couverts par le traité C.E.C.A., par le traité Euratom, par les règlements communautaires portant organisation commune de marchés en matière agricole ou par les règlements en matière de transports.

§ 1. Le traité C.E.C.A.

Il est généralement admis que, dans le domaine du traité instituant la C.E.C.A., les États membres sont sans compétence pour fixer les prix

(1811) Voy. G. Schrans, Heeft het einde van de overgangsperiode, ingericht door Artikel 8 van het E.E.G.-Verdrag, ten gevolge dat sommige verdragsvoorschriften direkte werking krijgen ?, *S.E.W.*, 1970, pp. 225 et suiv.

(1812) Voy. P. VerLoren van Themaat, article cité, *S.E.W.*, 1970, p. 266 ; M. Waelbroeck, « Examen de jurisprudence (1955 à 1971). Communautés Européennes. Le droit économique du Marché commun », *R.C.J.B.*, 1972, pp. 91 et 92.

(1813) Arrêt du 11 juillet 1974, *Dassonville*, précité. Arrêts du 31 octobre 1974, affaires 15/74, *Sterling Drug*, et 16/74, *Winthrop*, *Recueil*, 1974, pp. 1147, 1183.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

des produits énumérés à l'annexe I à ce traité, cette compétence ayant été transférée à la Communauté. L'exclusion de la compétence nationale résulte de l'article 61 du traité, qui prévoit explicitement le pouvoir de la Haute Autorité (aujourd'hui la Commission) de fixer des prix maxima et minima à l'intérieur du Marché commun (1814).

Ce point de vue a été affirmé très fermement à plusieurs reprises par la Commission. Ainsi, à l'occasion des mesures de blocage temporaires des prix décidées par le gouvernement néerlandais le 8 avril 1969, la Commission a fait savoir qu'elle considérait que :

> « La décision d'un État membre de bloquer les prix de produits C.E.C.A. n'est pas compatible avec les dispositions du traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier. Ce traité a réservé à la Commission le pouvoir d'intervenir en matière de prix de charbon et d'acier, notamment en fixant des prix maxima ou minima, dans des conditions définies par l'article 61, de sa propre initiative ou sur invitation du Conseil, saisi par le Gouvernement d'un État membre. »

À la suite des conversations que la Commission a eues avec le gouvernement néerlandais à cette occasion, celui-ci a supprimé dans le courant du mois de juin 1969 toute mesure bloquant les prix des produits relevant du traité C.E.C.A. (1815)

Le 28 décembre 1973, la Commission a publié au *Journal Officiel des Communautés européennes* une communication dans laquelle elle déclare notamment ce qui suit :

> « Le Conseil de ministres des Communautés Européennes a adopté, le 4 décembre 1973, une résolution relative à la lutte contre la hausse des prix et au maintien d'un haut niveau d'emploi dans la Communauté. Cette résolution prévoit notamment des mesures nationales en matière de prix.
>
> « Dans ce domaine, le traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier contient des dispositions spéciales (chapitre V) excluant une intervention des États membres dans la mesure où il s'agit des entreprises de production visées à l'article 80 du traité. Ces entreprises sont tenues de respecter les dispositions du traité les engageant directement, ainsi que les décisions prises par la Commission en vertu de ces dispositions ; en matière d'interventions dans le domaine des prix, la Communauté est seule compétente (1816). »

(1814) Voy. P. Reuter, *La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, Paris, 1953, p. 240 ; G. Demaria, *Actes officiels du congrès international d'études sur la C.E.C.A.*, Milan, 1958, tome VI, p. 112 ; E. Zimmermann, *in* Quadri-Monaco-Trabucchi, *Commentario C.E.C.A.*, Milan, 1970, tome II, p. 828 ; N. Lange, *Die Preisordnung in der Montangemeinschaft im Vergleich mit Amerikanischem Antitrustrecht*, Baden-Baden, 1963, p. 263 ; B. Goldman, *Droit commercial européen*, Paris, 1970, n° 1557.

(1815) Voy. réponse de la Commission à la question écrite n° 158/69 de M. Oele, *J.O.C.E.*, n° C 153 du 29 novembre 1969, p. 15.

(1816) *J.O.C.E.*, n° C 115 du 28 décembre 1973, p. 6.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

§ 2. *Le traité Euratom.*

L'article 67 du traité Euratom prévoit que :

> « Sauf exceptions prévues par le présent traité, les prix résultent de la confrontation des offres et des demandes dans les conditions visées à l'article 60, auxquelles les États membres ne peuvent contrevenir par leurs réglementations nationales. »

Il s'ensuit que les États membres ne pourraient, sans violer cette disposition, fixer des prix maxima ou bloquer les prix des minerais, des matières brutes et des matières fissiles spéciales relevant de ce traité.

§ 3. *La politique commune des transports.*

Le règlement n° 1174/68 du Conseil du 30 juillet 1968 (1817) a instauré un système de tarifs à fourchettes applicables aux transports de marchandises par route entre les États membres. Ce règlement, qui devait venir à expiration le 31 décembre 1972, a été prorogé par les règlements n°s 2826/72 et 3255/74 (1818). Aux termes de l'article 2, paragraphe 3 de ce règlement :

> « Les prix pour un transport déterminé peuvent être librement établis entre la limite supérieure et la limite inférieure du tarif à fourchettes correspondant. »

Par conséquent, une mesure nationale fixant les prix ne pourrait être appliquée aux prestations de transport couvertes par ce règlement sans en violer les dispositions.

§ 4. *La politique agricole commune.*

Nous avons vu que, dans son arrêt *Galli*, la Cour avait très nettement refusé aux États membres tout pouvoir d'intervenir par des dispositions nationales prises unilatéralement dans le mécanisme de la formation des prix tel qu'il résulte des organisations communes de marchés agricoles. Cette exclusion de la compétence nationale n'est pas limitée aux organisations fondées sur un régime commun des prix mais s'étend aussi à celles qui, comme l'organisation de marché pour les matières grasses en cause en l'espèce, prévoient simplement une protection douanière dans les échanges avec les États tiers et la possibilité de mesures de sauvegarde dans le cas de perturbations du marché.

Toutefois, la Cour précise que les régimes des prix instaurés par les règlements communautaires en cause

(1817) *J.O.C.E.*, n° L 194 du 6 août 1968.
(1818) *J.O.C.E.*, n° L 298 du 31 décembre 1972, p. 12 ; *J.O.C.E.*, n° L 349 du 28 décembre 1974.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

> « s'appliquent exclusivement au stade de la production et du commerce de gros, de manière que ces dispositions laissent intact le pouvoir des États membres — sans préjudice d'autres dispositions du traité — de prendre les mesures appropriées en matière de formation des prix au stade du commerce de détail et de la consommation, à condition qu'elles ne mettent pas en danger les objectifs ou le fonctionnement de l'organisation commune de marché en question ».

On peut en déduire que, par elle-même, une mesure de blocage des prix au stade du commerce de détail d'un produit agricole relevant d'une organisation commune de marché ne serait pas nécessairement interdite. Elle ne le deviendrait que si elle « mettait en danger les objectifs ou le fonctionnement » de l'organisation de marché en question. À notre avis, il pourrait en être ainsi si les prix au stade de la production et du commerce de gros augmentaient sans que cette augmentation puisse se répercuter aux stades ultérieurs de la distribution. En effet, dans un tel cas, la mesure nationale pèserait nécessairement sur la formation des prix au stade de la production et du commerce de gros, portant atteinte au niveau de prix tel qu'il résulte des règles relatives au fonctionnement de l'organisation commune.

§ 5. *Le cas des produits agricoles transformés.*

Nous avons déjà eu l'occasion, dans les pages précédentes, d'évoquer à deux reprises l'arrêt *Galli* rendu par la Cour de justice le 23 janvier 1975.

Rappelons que la Cour y a affirmé qu'un régime national dont l'effet serait de modifier, par un blocage des prix et l'exigence d'une autorisation administrative, la formation des prix telle qu'elle est prévue dans le cadre des organisations communes de marché visées est incompatible avec les règlements instituant ces organisations de marché. En effet, dans les domaines couverts par de pareilles organisations, les États membres ne peuvent plus intervenir, par des dispositions nationales prises unilatéralement, dans le mécanisme de la formation des prix tel qu'il résulte de l'organisation commune. Selon la Cour, une organisation commune de marché se caractérise par « un ensemble de règles matérielles et de pouvoirs, y compris un cadre d'organisation permettant de faire face à toutes situations prévisibles ». Seules les institutions communautaires sont compétentes pour prendre des dispositions appropriées en vue de faire face à une hausse des prix sur les marchés considérés. Les mesures unilatérales que les États membres prendraient dans ces domaines qui relèvent des règlements communautaires ne sauraient être opposées aux particuliers.

Le problème qui se pose est de savoir s'il est compatible avec ce système qu'un État membre puisse bloquer les prix d'un produit industriel dans la fabrication duquel des produits agricoles relevant d'une

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

organisation commune de marchés entrent pour une part largement prépondérante.

Les termes de l'arrêt *Galli* ne visent que les produits agricoles. À première vue, on ne saurait en tirer de conséquences quant au sort des produits industriels issus de la transformation de produits agricoles.

À la réflexion, cependant, on peut se demander si le principe énoncé par l'arrêt n'est pas susceptible d'extension. En effet, la Cour n'était appelée à se prononcer que sur la licéité d'une mesure nationale de réglementation des prix s'appliquant à des produits soumis à organisation commune de marchés. Elle n'a pas eu à se prononcer sur le problème qui nous préoccupe. Dès lors, on ne saurait déduire du silence de l'arrêt sur ce point aucune conclusion négative.

Au contraire, il apparaît de certains motifs que la Cour a été attentive aux répercussions possibles que pourraient avoir, pour la formation des prix communautaires, des mesures nationales prises dans les domaines relevant de la compétence nationale. Ainsi, lorsqu'elle déclare que les États membres conservent le pouvoir de réglementer la formation des prix aux stades du commerce de détail et de la consommation, la Cour prend soin de préciser qu'ils ne peuvent le faire qu'à condition de ne pas mettre en danger les objectifs ou le fonctionnement de l'organisation commune de marchés en question.

Nous pensons que la même réserve doit être faite au sujet des mesures que les États membres prendraient pour réglementer les prix des produits industriels issus de la transformation de produits agricoles (« produits agricoles transformés »). Il est clair, en effet, qu'en fixant les prix des produits agricoles transformés, les États membres sont en mesure d'exercer une influence sur le niveau auquel s'établira le prix des produits de base. Ceci pourrait avoir des répercussions préjudiciables pour le fonctionnement de l'organisation commune de marché en cause. En effet, en l'absence d'une politique économique commune, les répercussions que les mesures nationales applicables aux produits transformés exerceront sur les prix communautaires des produits de base seront divergentes selon les États, ce qui peut provoquer des distorsions dans les échanges. Le fait que ces répercussions soient moins immédiates que celles résultant de mesures nationales touchant directement les prix de gros n'empêche pas qu'elles portent au fonctionnement des organisations communes de marchés un trouble de même nature que ces dernières. Il semble donc raisonnable d'admettre que, dans l'application de leur réglementation sur les prix aux produits agricoles transformés, les États membres sont obligés de tenir compte des fluctuations de prix intervenant au niveau des produits de base et d'autoriser les fabricants de produits transformés à répercuter ces fluctuations dans leurs prix de vente.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Sans que l'on puisse évidemment prédire la réponse que la Cour de justice ferait si la question lui était posée, il est permis de considérer, au vu de l'arrêt *Galli*, qu'elle ne refuserait pas nécessairement de donner une pareille extension à sa doctrine.

§ 6. Conclusion.

Dans la mesure où elles s'appliquent aux produits importés, des mesures nationales de prix peuvent être considérées comme des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation interdites par le traité. Cette constatation vaut quelle que soit la nature des produits en cause : produits industriels, produits agricoles, produits relevant ou non des traités C.E.C.A. ou Euratom. Par contre, elle ne vaut que dans la mesure où il s'agit de produits importés. En tant qu'elles s'appliquent à des produits d'origine nationale, des mesures de prix ne sauraient être assimilées à des mesures d'effet équivalent.

En revanche, nous avons vu que, pour certains produits, la compétence en matière de régime de prix avait été entièrement soustraite aux législateurs nationaux pour être confiée exclusivement aux autorités communautaires. Tel est le cas du charbon, de l'acier, des minerais, matières brutes et matières fissiles spéciales, et des prestations de transport. De même, pour un grand nombre de produits agricoles, la compétence au stade de la production et du commerce de gros appartient exclusivement aux institutions communautaires ; les autorités nationales peuvent réglementer les prix aux stades du commerce de détail et de la consommation, mais sans qu'elles puissent contrarier de ce fait la formation des prix aux stades antérieurs tels qu'ils résultent des règles communautaires.

Dans la mesure où ces produits et prestations sont soustraits à la compétence des États membres, les législations nationales ne sauraient leur être appliquées. Il n'est pas nécessaire de distinguer selon qu'il s'agit de produits d'origine nationale ou de produits importés : dans tous les cas, la compétence appartient exclusivement à la Communauté.

Dans la mesure où les autorités nationales tenteraient d'appliquer leur législation à ces produits, les producteurs ou commerçants intéressés pourraient intenter un recours en annulation devant les juridictions administratives ou exciper de l'illégalité de l'arrêté en raison de sa contrariété avec le droit communautaire.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

CHAPITRE IV
LES RÉGLEMENTATIONS NATIONALES DE PRIX AU REGARD DU SYSTÈME GÉNÉRAL DU TRAITÉ C.E.E.

Souvent le champ d'application des dispositions nationales en matière de prix ne s'étend pas aux produits importés ou exportés. D'une part, en effet, n'étant pas compétent pour influencer les facteurs de coût situés en dehors du territoire national, et ne désirant pas pour autant se couper du monde extérieur, le législateur est amené à admettre la hausse du prix d'achat des produits importés comme justifiant une augmentation de leur prix de vente, voire même du prix de vente des produits nationaux dans la composition desquels les produits importés entrent pour une part appréciable. D'autre part, l'objet des réglementations de prix étant de protéger l'économie nationale contre les conséquences de l'inflation, le législateur se désintéresse des prix que les entreprises réalisent sur les marchés étrangers : seuls importent, pour lui, les prix pratiqués sur le territoire de l'État.

Dans la mesure où les importations et les exportations demeurent libres, on ne se trouve pas dans ce cas en présence de mesures d'effet équivalent.

Il ne s'ensuit pas pour autant que ces réglementations soient nécessairement admissibles au regard du traité. En effet, tout en n'étant pas contraires à une disposition explicite du traité, il se peut qu'elles soient incompatibles avec les objectifs de celui-ci.

Ceci suffit pour qu'on doive considérer qu'elles sont interdites. En effet, aux termes de l'article 5 du traité :

> « Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission.
>
> « *Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité* » (1819).

L'objectif essentiel du traité est l'établissement d'un Marché commun (articles 2 et 3), c'est-à-dire d'un espace commun à plusieurs États dans lequel les transactions économiques s'effectuent dans des conditions analogues à celles d'un marché intérieur. La notion de Marché commun implique l'élimination de toutes les entraves aux échanges de marchandises, de personnes, de services et de capitaux, de même que l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée.

(1819) C'est nous qui soulignons.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Nous examinerons, dans le présent chapitre, en quoi l'application par les États membres de réglementations distinctes en matière de prix est susceptible de porter atteinte à cet objectif essentiel du traité que constitue l'établissement et le fonctionnement du Marché commun.

§ 1. L'égalité des conditions de concurrence.

Le fonctionnement du Marché commun exige que les opérateurs économiques soient placés dans des conditions égales de concurrence. À défaut, des distorsions ne manqueront, pas de se produire dont les conséquences peuvent être néfastes.

Or, même lorsqu'elles ne prétendent pas s'appliquer aux importations et aux exportations, les réglementations nationales de prix sont susceptibles de fausser les conditions de la concurrence de diverses manières.

a) Atteinte à la répartition la plus rationnelle des facteurs de production.

L'existence de réglementations nationales de prix différentes dans les États membres, le fait que les moyens d'action dont disposent les autorités pour en assurer le respect sont d'une efficacité variable et que la politique menée par ces autorités est plus ou moins rigoureuse selon les pays et selon les époques sont de nature à faire particulièrement sentir leur influence dans certains secteurs (notamment celui de l'industrie de l'alimentation) où les prix des matières premières sont, dans une grande mesure, uniformisés dans tout le Marché commun. Le fait que, dans certains États membres, il soit plus difficile d'adapter les prix à une hausse éventuelle des coûts sera particulièrement ressenti par les entreprises de ces États. Celles-ci seront exposées à une concurrence d'autant plus vive que les entreprises des autres États sont en mesure d'utiliser les bénéfices résultant de leur position sur leur marché intérieur pour accroître leur capacité concurrentielle tant par des investissements nouveaux qu'en subventionnant leurs prix à l'exportation.

Il en résulte inévitablement, de la part des entreprises de l'État poursuivant une politique rigoureuse, une tendance au désinvestissement dans le pays où elles sont établies et à la création de capacités de production nouvelles dans ceux où les prix sont plus élevés.

Pareil déplacement des courants d'investissement, ne répondant à aucune nécessité économique, est de nature à compromettre la répartition la plus rationnelle des facteurs de production voulue par le traité.

b) Renforcement artificiel des courants d'exportation.

La coexistence de législations dont chacune s'applique aux produits fabriqués et vendus dans le pays tout en laissant libres les prix des produits importés et exportés est de nature à encourager les entreprises

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de chaque pays à écouler le plus de biens possible à l'étranger. La chose est évidente lorsque les prix sur les marchés étrangers sont libres. Toutefois, même lorsque ces prix sont en principe contrôlés, il y aura intérêt à exporter puisque le contrôle ne vise pas, par hypothèse, les produits provenant de l'étranger. Or, il se peut qu'en raison du bas niveau des prix dans l'État d'importation, les entreprises nationales n'utilisent pas entièrement leurs capacités de production ou détournent celles-ci du marché national vers les marchés étrangers. Cela conduit à une hausse virtuelle des prix de marché dans le pays d'importation : les acheteurs dont la demande ne peut être satisfaite par la production nationale au prix fixé par l'autorité seront disposés à se tourner vers des sources d'approvisionnement étrangères même si les prix demandés par celles-ci sont plus élevés.

Il importe de remarquer que ce phénomène n'est pas dû à une différence entre les législations nationales ou à la manière dont elles sont appliquées, mais qu'il se produit même si ces législations sont mises en œuvre d'une manière identique. En effet, le phénomène trouve sa source dans le fait que les législations nationales ne s'appliquent, dans l'hypothèse envisagée, ni aux produits importés ni aux produits exportés.

Il s'ensuit qu'à la limite, on pourrait aboutir à une situation dans laquelle les entreprises de *tous* les États membres trouveraient plus intéressant de vendre dans les autres États membres que sur leur propre marché national. Il est inutile de souligner combien pareille situation serait de nature à nuire au bon fonctionnement du Marché commun (1820).

§ 2. La liberté de la concurrence.

Pour le bon fonctionnement du Marché commun, il ne suffit pas que les conditions de concurrence soient égales, il faut encore que la concurrence entre les opérateurs économiques soit libre.

À de nombreux points de vue, les réglementations nationales de prix incitent les entreprises à adopter des comportements anti-concurrentiels,

Dans la remarquable étude qu'il a entreprise sous la direction du professeur Harald Jürgensen sur les effets des réglementations nationales des prix dans la Communauté économique européenne (1821), M. Horst Westphal a démontré qu'un régime de concurrence efficace supposait que l'offre sur le marché soit constituée par plusieurs vendeurs disposant aussi bien de possibilités objectives de concurrence que d'un penchant subjectif en faveur de la concurrence (esprit compétitif).

(1820) Voy. sur ce problème Horst Westphal, *Effets des réglementations nationales des prix dans la Communauté Économique Européenne*, Bruxelles, Commission des Communautés européennes, Série Concurrence – Rapprochement des législations, 1970, p. 41.

(1821) *Op. cit.*, p. 20.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Pour que la concurrence soit *objectivement* possible, il faut que les offrants disposent tant d'une liberté institutionnelle d'action que de la possibilité matérielle d'action. Le premier élément exige, outre la liberté d'entreprise et la liberté professionnelle, la liberté d'augmenter et de baisser ses prix. Il tombe sous le sens que cette liberté est restreinte en régime de prix réglementés.

La possibilité matérielle d'action suppose que les opérateurs économiques ont la possibilité d'influer sur la quantité offerte et/ou sur sa qualité. Elle est donc fonction notamment des possibilités de financement des investissements. Dans la mesure où les réglementations de prix limitent artificiellement les bénéfices pouvant être réalisés par la vente des produits, elles restreignent les possibilités financières des entreprises et, par voie de conséquence, leurs possibilités de concurrence.

L'esprit compétitif est, lui aussi, affecté par l'existence de réglementations de prix. En effet, l'obligation pour les entreprises d'un secteur qui souhaitent augmenter leurs prix d'obtenir l'accord des autorités gouvernementales favorise la tendance à la concertation entre elles. Les prix maxima autorisés tendent rapidement à devenir les prix effectivement pratiqués, la pression des coûts étant telle qu'aucune entreprise ne peut se permettre de pratiquer un prix inférieur. Chaque entreprise connaît ainsi les prix de ses concurrents et sait que le risque de voir sa part du marché diminuer sous l'effet d'offres plus avantageuses provenant de tiers est quasiment nul. Cette assurance, jointe à l'absence de possibilité matérielle d'action résultant de la limitation de ses profits, est de nature à réduire l'intensité de la concurrence sur le marché, voire même à encourager l'adoption de comportements concertés.

La multiplicité et la diversité des réglementations, dont chacune est limitée dans son application au territoire national, poussent les entreprises qui opèrent à l'échelle du Marché commun à adopter une politique commerciale différenciée tenant compte des particularités de la législation en vigueur dans chaque pays. Elles sont ainsi amenées à pratiquer des prix différents selon les États membres, ce qui les contraint en fait à recourir à des accords ou pratiques contraires aux articles 85 et 86 afin de maintenir ces différences de prix, notamment par des interdictions d'exportation ou des clauses d'effet équivalent.

C'est ainsi qu'une grande entreprise française de construction automobile a fait l'objet d'une enquête de la Commission pour avoir imposé à ses distributeurs officiels en France l'interdiction d'exporter ses voitures vers les autres États membres de la Communauté où les prix de marché étaient plus élevés. La société en cause désirait assurer elle-même ces exportations afin de pouvoir compenser par là les profits insuffisants réalisés en vendant sur le marché français (1822).

(1822) Voy. *Business Europe*, 15 septembre 1972, pp. 289 et 290.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Même en l'absence d'accords tendant à empêcher les distributeurs d'effectuer des exportations, la tactique consistant pour une entreprise à adapter sa politique de prix aux réglementations en vigueur sur chacun des marchés nationaux peut soulever des objections sur le plan des règles de concurrence. En effet, lorsque l'entreprise en cause jouit d'une position dominante, le fait pour elle d'appliquer des prix différents selon les pays où elle vend peut être constitutif d'abus au sens de l'article 86 du traité. On peut considérer en effet que les prix plus bas pratiqués sur le marché national ont pour effet d'empêcher les importations en provenance des autres États membres, où les prix sont plus élevés, de telle sorte que le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté (1823).

En conclusion, on constate que l'application des réglementations nationales de prix n'a pas seulement pour effet de réduire les possibilités objectives et la propension individuelle à la concurrence, mais que leur application effective suppose de la part des entreprises qui opèrent à l'échelle du Marché commun l'adoption de pratiques contraires aux règles de concurrence du traité. En effet, dans la mesure où la diversité de ces réglementations entraîne des différences dans les niveaux de prix dans le Marché commun, le maintien de pareilles différences ne peut être assuré, en l'absence d'entraves étatiques aux échanges (droits de douane, restrictions quantitatives, mesures d'effet équivalent), que par des entraves d'origine privée.

CHAPITRE V
SOLUTIONS À ENVISAGER

Diverses solutions peuvent être envisagées pour remédier aux difficultés résultant de l'incompatibilité des réglementations nationales de prix tant avec les dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises qu'avec les objectifs du Marché commun.

§ 1. L'abrogation des réglementations nationales de prix.

Une première solution consisterait à abroger purement et simplement les réglementations nationales de prix. La lutte contre les prix abusivement élevés pourrait être menée sur la base des articles 85 et suivants du traité.

Il ne semble pas que cette solution, qui impliquerait renonciation de la part des autorités étatiques à toute influence dirigiste sur les niveaux des prix pour se contenter de veiller à ce que ceux-ci s'établissent dans

(1823) Voy. A.H. Herman, *The Financial Times*, 16 février 1973.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

des conditions de concurrence non faussées, ait beaucoup de chances d'être adoptée. Quoique l'efficacité à long terme d'une action directe sur les prix comme moyen de lutter contre l'inflation soit plus que douteuse, il paraît peu vraisemblable que les États soient disposés à y renoncer. D'ailleurs, par leur effet psychologique et leur efficacité à court terme, les réglementations de prix constituent un élément indispensable de toute politique conjoncturelle. On peut difficilement contester la nécessité de conserver cet instrument, ne serait-ce que pour pouvoir s'en servir exceptionnellement.

§ 2. Rapprochement des législations.

L'article 100 du traité prévoit que le Conseil a compétence pour prescrire par voie de directives le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du Marché commun. Les articles 101 et 102 prévoient la possibilité d'un rapprochement des législations au cas où une disparité provoque ou menace de provoquer une distorsion qui doit être éliminée.

Il ne semble pas qu'un remède aux difficultés signalées dans la présente étude puisse être apporté au moyen d'un rapprochement des législations effectué sur la base de ces dispositions. Tout d'abord, les articlés 100 à 102 n'envisagent que le *rapprochement* des législations nationales, et non leur *unification*. Même si la structure des législations nationales est harmonisée et si les moyens d'action dont disposent les États membres pour contrôler les prix sont rendus semblables, il n'en restera pas moins que chaque État possédera son arsenal législatif et réglementaire propre qu'il pourra appliquer à sa guise, au gré des circonstances et en tenant compte uniquement ou principalement d'impératifs nationaux. Un tel rapprochement, limité au cadre dans lequel sont appliquées les politiques nationales de prix, laisserait subsister la possibilité de divergences dans l'application, de telle sorte que les problèmes évoqués ci-dessus subsisteraient. Ce qui importe, en effet, ce n'est pas de rapprocher les *législations*, mais les *politiques* nationales de prix.

§ 3. Application concertée des réglementations nationales.

Les institutions communautaires paraissent s'orienter dans le sens d'une application concertée des réglementations nationales de prix.

Ainsi, dans sa résolution du 5 décembre 1972 (1824), le Conseil prévoit que l'utilisation des dispositifs de surveillance de l'évolution des prix

(1824) *J.O.C.E.*, n° C 133 du 23 décembre 1972, p. 12. Voy. sur ce sujet J.-P. Lambotte, Le programme communautaire de lutte contre la hausse des prix, *Cah. dr. eur.*, 1974, p. 515 et 1975, p. 31.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

« fera l'objet d'une information et d'une concertation au niveau communautaire ».

Une résolution postérieure prévoit que les États membres « s'informent sur les résultats de la politique des prix et se concertent sur les moyens les plus appropriés pour résoudre, en temps opportun, les problèmes spécifiques d'intérêt communautaire ».

La même résolution charge le Comité de politique conjoncturelle d'examiner en priorité tant « la possibilité d'instituer dans tous les États membres un système de notification préalable des hausses de prix par les entreprises dépassant certaines dimensions que la possibilité de renforcer la surveillance de l'État sur la formation des prix afin d'éviter les abus sur des marchés importants » (1825).

Il est douteux toutefois que pareille action, limitée à une information et à une concertation, suffise à éliminer les distorsions de concurrence résultant des disparités dans l'application des réglementations de prix. L'expérience a suffisamment démontré, en effet, que les procédures de concertation en matière de politique économique nationale étaient d'une efficacité limitée. Aussi longtemps que la responsabilité des décisions à prendre repose sur les autorités des États membres, il faut s'attendre à ce que celles-ci agissent principalement en fonction d'impératifs nationaux, la préoccupation des intérêts des pays partenaires passant au second plan.

§ 4. Adoption d'une réglementation communautaire.

Seule l'adoption, au niveau de la Communauté toute entière, d'une réglementation des prix paraît en mesure de résoudre les problèmes résultant de la nécessité de concilier l'adoption de mesures dirigistes en matière de prix avec l'existence d'un marché unique caractérisé par la liberté et l'égalité de la concurrence, et par une égalisation progressive des conditions de formation des prix, notamment dans le domaine des produits agricoles et des produits transformés.

La Communauté est en effet arrivée à un stade de son développement où le niveau des prix d'un grand nombre de produits de base, et notamment des produits agricoles, est unifié. Tous les produits peuvent circuler librement dans l'ensemble du territoire du Marché commun. Aucune restriction à la libre circulation des produits n'est admise, qu'elle soit d'origine étatique ou privée. Dans ces conditions, il existe une nécessité inéluctable qu'une réglementation communautaire uniforme, appliquée par une autorité commune, se substitue à la multiplicité des réglementations nationales. On voit en effet difficilement comment, à longue

(1825) *Bulletin des Communautés européennes*, 1973, n° 6, p. 34.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

échéance, un véritable Marché commun pourrait s'accommoder de systèmes de contrôle des prix ne s'appliquant pas de manière uniforme sur toute son étendue.

L'article 103, paragraphe 2, du traité pourrait servir de base à l'adoption d'une politique communautaire en la matière. Cette disposition prévoit l'adoption par le Conseil, statuant à l'unanimité, des mesures appropriées pour faire face à la situation en matière conjoncturelle. Dans son arrêt *Carl Schlüter* du 24 octobre 1973, la Cour de justice a confirmé que l'article 103 pouvait servir de base à l'adoption par le Conseil de règlements obligatoires en tous leurs éléments et directement applicables au sens de l'article 189 du traité. Elle a également confirmé la possibilité pour le Conseil de conférer à la Commission le pouvoir d'adopter, selon des modalités souples et rapides, les mesures d'exécution que la réglementation de base comporte (1826). La Cour y affirme notamment :

> « Attendu que si, selon le paragraphe 1 de l'article 103, les États membres sont tenus de considérer leur politique de conjoncture comme une question d'intérêt commun, ce texte n'exclut pas la compétence des institutions communautaires d'édicter, sans préjudice des autres procédures prévues par le traité, de leur côté, des mesures de nature conjoncturelle dans les domaines de leur compétence ;
>
> « Qu'au contraire, le paragraphe 2 de l'article 103, en déclarant que le Conseil peut « décider à l'unanimité des mesures appropriées à la situation » confère, sous la réserve ci-dessus indiquée, à cette institution les compétences nécessaires pour prendre, en principe, les mesures conjoncturelles qui peuvent se révéler nécessaires pour le maintien des objectifs du traité ;
>
> « Que, privées de pareille possibilité inhérente à toute gestion économique, les institutions seraient dans l'impossibilité d'accomplir dans ces domaines, les missions qui leur sont imparties ;
>
> « Attendu que l'expression « mesures appropriées à la situation », au paragraphe 2 de l'article 103, indique que, également en ce qui concerne la forme des mesures, le Conseil peut choisir, selon le cas, celle qui lui apparaîtra la plus appropriée ;
>
> « Qu'ainsi, sous réserve de l'exigence d'une délibération unanime, l'article 103, paragraphe 2, renvoie aux modalités générales de l'exercice par le Conseil de ses compétences, telles qu'elles sont décrites aux articles 145, 155 et 189, y compris donc son droit de conférer à la Commission l'exécution des règles qu'il aurait établies (1827). »

Seule l'adoption d'une politique de prix au niveau communautaire serait de nature à résoudre le paradoxe que constitue la coexistence,

(1826) Affaire 9-73, *Recueil*, 1973, p. 1135. Voy. aussi les arrêts du même jour en cause *Firma Rewe-Zentrale*, affaire 10-73, et *Balkan-Import-Export*, affaire 5-73, *Recueil*, 1973, pp. 1175 et 1091.

(1827) *Ibid.*, p. 1153.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

dans un marché qui se veut unique, de neuf systèmes différents et souvent contradictoires de contrôle des prix. Dans la perspective d'une union économique et monétaire, il est véritablement aberrant de voir les États membres continuer à lutter contre l'inflation en adoptant en ordre dispersé des mesures de blocage qui entravent les échanges et faussent les conditions de la concurrence dans le Marché commun.

* * *

Une série d'arrêts, initiée par les arrêts *SADAM* et *Tasca* du 26 février 1976, allait consacrer le ralliement de la Cour à ce point de vue. Je consacrai une note à l'un d'entre eux, rendu le 6 novembre 1979 à la demande de la Cour de cassation de Belgique (1828).

« La compatibilité de la procédure de déclaration de hausse de prix avec les règles du Traité de Rome », note sous CJCE, 6 novembre 1979, aff. 16 à 20/79, *Ministère public c/ Joseph Danis et autres*,
Revue critique de jurisprudence belge,
1981, pp. 12-25.

NOTE.
La compatibilité de la procédure de déclaration préalable de hausse de prix avec les règles du traité de rome.

1. — L'arrêt annoté, rendu comme suite à une demande d'interprétation préjudicielle de la Cour de cassation de Belgique du 9 janvier 1979, apporte d'importantes précisions sur la compatibilité de la procédure de déclaration préalable de hausse de prix avec les règles du traité de Rome.

Les faits étaient les suivants. Un certain nombre de producteurs et commerçants d'aliments pour animaux ont procédé, du 1er septembre 1972 au 4 avril 1973, à des augmentations successives de leurs prix de vente sans procéder à la déclaration de hausse prescrite par l'arrêté ministériel du 22 décembre 1971. Poursuivis pour violation des articles 1 et 12 de cet arrêté, ils furent renvoyés des poursuites par jugements du 30 octobre 1975 du tribunal de première instance de Bruges. Selon le

(1828) J'avais aussi analysé l'arrêt *SADAM* dans une note à la Common Market Law Review, 1977, volume 14, pp. 89-102.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tribunal, en raison des hausses imprévisibles et considérables des prix des matières premières, il avait été nécessaire pour les prévenus d'augmenter « immédiatement » leurs prix de vente afin d'éviter des pertes financières. Sur appel du ministère public, la Cour d'appel de Gand réforma les jugements, considérant, d'une part, que l'état de nécessité n'était pas établi et que, d'autre part, l'article 30 du traité de Rome était inapplicable, les produits vendus par les prévenus devant être considérés comme des produits nationaux, même si des matières premières importées entraient éventuellement dans leur composition (1829).

Les intéressés s'étant pourvus en cassation contre ces arrêts, la Cour de cassation décida de surseoir à statuer et, conformément à l'article 177 du traité, renvoya à la Cour de justice la question suivante : « L'article 30 du traité doit-il être interprété dans ce sens que l'interdiction des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation vise aussi la réglementation contenue dans l'arrêté ministériel du 22 décembre 1971 qui impose à tout producteur ou importateur l'obligation de déclarer, au plus tard deux mois avant son application, toute hausse de prix qu'il se propose d'appliquer sur le marché belge à tous les produits, matières, denrées ou marchandises et à toutes les prestations, dans la mesure où *a*) elle ne fait pas de distinction entre les produits importés et les produits non importés, *b*) elle confère au ministre le pouvoir d'empêcher la répercussion de la pression immédiate des augmentations de prix des produits importés, ou du moins de la retarder en dehors de limites acceptables, *c*) notamment en ce qui concerne une entreprise comme celle que le demandeur dirige, qui est une fabrique d'aliments pour bétail, elle aboutit nécessairement à un pareil retard par suite des procédures administratives prescrites » (1830).

L'argumentation des demandeurs en cassation insistait sur l'effet de blocage résultant de la procédure de déclaration préalable de hausse. En effet, l'arrêté ministériel du 22 décembre 1971, tel que modifié et complété par les arrêtés ministériels du 20 avril 1972 et du 1er mars 1973, applicables au moment des faits, obligeait les producteurs et importateurs à faire connaître au Ministère des affaires économiques au plus tard deux mois avant son application toute hausse de prix qu'ils se proposent d'appliquer sur le marché belge. Aux termes de l'article 5, le Ministre, après consultation de la Commission pour la régulation des prix, pouvait signifier à l'entreprise déclarante, avant l'expiration du délai prévu à l'article 1er, que la hausse déclarée ne peut être appliquée totalement ou partiellement et ce pendant un délai maximum de six mois. À l'issue du délai fixé, l'entreprise pouvait appliquer la hausse telle que déclarée ou une hausse inférieure à celle-ci.

(1829) Les principaux attendus de l'arrêt de la Cour d'appel de Gand, qui n'a pas été publié à notre connaissance, sont repris dans l'arrêt de la Cour de cassation du 26 février 1980, *J.C.B.*, 1980, I, p. 244, 246.

(1830) *J.T.*, 1980, p. 84.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Il en résulte que la mise en vigueur d'une hausse envisagée pouvait ainsi être retardée de huit mois (1831).

Les prévenus soutenaient que l'obligation de respecter ce délai d'attente les empêchait de répercuter immédiatement les fortes augmentations du prix des matières premières importées qui s'étaient produites depuis août 1972, les obligeant à se tourner vers des matières premières similaires belges s'ils souhaitaient continuer leurs activités et éviter la faillite. En outre, le système de la déclaration des hausses de prix rendait impossible la répercussion immédiate de l'augmentation des coûts spécifiques d'importation (transport, assurances, taxes portuaires, etc.) sur le prix du produit. Les prévenus en concluaient que le système mis en place par l'arrêté du 22 décembre 1971 était contraire à l'article 30 du traité C.E.E., dans la mesure où il provoquait une restriction directe des importations.

2. — L'article 30 du traité interdit, dans les relations entre États membres, les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent. Cette interdiction produit des effets directs et peut être invoquée par les particuliers devant les juridictions nationales (1832).

Si la notion de « restriction quantitative » ne donne pas lieu à des difficultés, il n'en va pas de même de celle de « mesure d'effet équivalent » (1833).

(1831) Compte tenu des modifications introduites dans le système de la déclaration de hausse par l'arrêté ministériel du 24 décembre 1975, le délai pendant lequel la mise en vigueur d'une hausse envisagée peut être retardé est aujourd'hui de 11 mois.

(1832) C.J., 22 mars 1977, aff. 74/76, *Iannelli*, *Rec.*, 1977, p. 557, 575-576.

(1833) Voyez, sur les problèmes auxquels a donné lieu l'interprétation de cette notion : R.C. Beraud, « Les mesures d'effet équivalent au sens des articles 30 et suivants du traité de Rome », *R.T.D.E.*, 1968, p. 265 ; D. Ehle, « Massnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen und ihre Abschaffung im Gemeinsamen Markt », *A.W.D.*, 1967, p. 453 ; C.D. Ehlermann, « Die Bedeutung des Artikels 36 EWGV für die Freiheit des Warenverkehrs », *Europarecht*, 1973, p. 1 ; M. Graf, *Der Begriff « Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Einfuhrbeschränkungen in dem EWG-Vertrag*, Cologne, 1972 ; H.G. Koppensteiner, « Vertikale Preisbindung durch Gesetz als Massnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmässige Einfuhrbeschränkung », *R.I.W./A.W.D.*, 1977, p. 581 ; A. Marchini Camia, « Disciplina C.E.E. della concorrenza e prezzi imposti sui prodotti », *D.C.S.I.*, 1979, p. 379 ; A. Mattera Ricigliano, « Libre circulation des marchandises et articles 30 à 36 du traité C.E.E. », *R.M.C.*, 1976, p. 500 ; A.W.H. Meij et J.A. Winter, « Measures Having an Effect Equivalent to Quantitative Restrictions », *C.M.L. Rev.*, 1976, p. 79 ; E.J. Mestmäcker, *Vereinbarkeit von Preisregelungen auf dem Arzneimittelmarkt mit dem Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Baden-Baden, 1979 ; A.C. Page, « The Concept of Measures Having an Effect Equivalent to Quantitative Restrictions », *E.L.R.*, 1977, p. 105 ; M. Seidel, « Der E.W.G.-rechtliche Begriff der « Massnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmässige Beschränkung », *N.J.W.*, 1967, p. 2081 ; W. Van Gerven, « The Recent Case Law of the Court of Justice Concerning Articles 30 and 36 of the E.E.C. Treaty », *C.M.L. Rev.*, 1977, p. 5 ; W. Veelken, « Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen », *Europarecht*, 1977, p. 311 ; P. VerLoren van Themaat, « Bevat artikel 30 van het E.E.G.-Verdrag slechts een non-discriminatiebeginsel t.a.v. invoerbeperkingen ? », *S.E.W.*, 1967, p. 632 ; P. VerLoren van Themaat, « E.E.G.-richtlijnen betreffende discriminerende aankoop-

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La Cour a donné de cette expression une définition très large : constitue une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative « toute réglementation nationale susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intra-communautaire » (1834). Cette formule a été reprise, avec quelques variantes (1835), dans de nombreux arrêts postérieurs (1836).

Il résulte de cette formule qu'il n'est pas nécessaire d'établir qu'une mesure restreint effectivement les échanges, du moment qu'elle est « susceptible » de le faire. La Cour l'a confirmé explicitement dans un arrêt du 20 février 1975 (1837). Il n'est pas nécessaire non plus que la mesure atteigne la marchandise au moment ou en raison du franchissement de la frontière : une mesure restreignant les débouchés des marchandises étrangères sur le marché national est visée par l'article 30 (1838). De même, sont interdites les mesures qui, quoique ne concernant que des produits nationaux, restreignent indirectement l'importation des produits étrangers entrant dans la composition de ces produits nationaux (1839).

Une mesure restreignant les importations ne perd pas son caractère de mesure d'effet équivalent du fait qu'elle limite aussi les débouchés d'une partie de la production nationale. Il n'est pas nécessaire que l'ensemble de la production nationale soit favorisé pour que la restriction d'importation soit interdite. De même, dans un domaine voisin — celui de l'application de l'article 95 du traité — la Cour a reconnu que même lorsqu'une législation fiscale nationale ne favorise qu'une partie réduite de la production nationale, ces avantages doivent être étendus aux

---

politiek van overheidsinstellingen, discriminerende prijsvoorschriften en andere maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen », *S.E.W.*, 1970, p. 258 ; P. VerLoren van Themaat, « De gemeenschapsrechtelijke grenzen van het nationale prijsbeleid », *S.E.W.*, 1976, p. 401 ; M. Waelbroeck, « Commentaire des articles 30 à 36 », *in* : Megret, Louis, Vignes, Waelbroeck, *Le droit de la Communauté Économique Européenne*, tome Ier, Bruxelles, 1970 ; M. Waelbroeck, *Les réglementations nationales de prix et le droit communautaire*, Bruxelles, 1975 ; M. Waelbroeck, Note sous l'arrêt *SADAM*, *C.M.L. Rev.*, 1977, p. 94.

(1834) C.J., 11 juillet 1974, aff. 8/74, *Dassonville*, *Rec.*, 1974, p. 837, 852.

(1835) Ainsi, on retrouve dans plusieurs arrêts la formule suivante : « Aux fins de cette interdiction (de l'article 30), il suffit que les mesures en question soient aptes à entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, les importations entre États membres ». Il ne semble pas qu'il faille attacher d'importance à ces différences de formulation.

(1836) Voy. notamment l'arrêt annoté.

(1837) Aff. 12/74, *Commission c/ République Fédérale d'Allemagne* (affaire dite du « *Sekt* »), *Rec.*, 1975, p. 181, 199.

(1838) Directive n° 66/683 de la Commission du 7 novembre 1966, *J.O.C.E.*, n° 220 du 30 novembre 1966.

(1839) C.J., 12 octobre 1978, aff. 13/78, *Eggers*, *Rec.*, 1978, p. 1935, 1956, qui considère comme interdite une mesure faisant entre producteurs nationaux une distinction suivant que les matières premières ou les produits demi-finis à partir desquels ils sont fabriqués ont été ou non produits ou traités sur le territoire national.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

produits importés qui répondent aux mêmes conditions, sous peine de constituer une discrimination interdite (1840).

Il n'est pas nécessaire pour que l'article 30 s'applique que l'importation ou l'exportation soit rendue impossible : il suffit qu'elle soit rendue plus difficile. Déjà dans son arrêt du 12 juillet 1973 (1841) la Cour a affirmé : « que l'interdiction des restrictions quantitatives vise des mesures ayant le caractère de prohibition, totale ou partielle, d'importation, d'exportation ou de transit, suivant le cas ; que des mesures d'effet équivalent sont non seulement celles se présentant sous la forme de prohibition ainsi caractérisée, mais aussi d'entraves, quelle que soit leur appellation ou leur technique, ayant le même effet. »

La thèse a parfois été avancée que, comme en matière d'application des règles de concurrence aux entreprises (1842), le traité n'interdirait les entraves étatiques au commerce entre États membres que lorsqu'elles ont un caractère « sensible » (1843). Cette thèse ne nous paraît pas pouvoir être suivie. Elle a été rejetée catégoriquement par la Cour dans la matière des taxes d'effet équivalant à des droits de douane (1844) et son application en matière de mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives paraîtrait difficilement compatible avec les objectifs du traité (1845).

Enfin, il résulte de la jurisprudence que l'article 30 ne vise pas seulement les mesures qui entravent les importations en provenance de l'ensemble des autres États membres ; il vise aussi celles qui n'affectent que certains courants d'importation. Ainsi, dans l'arrêt *Sacchi* (1846), la Cour a affirmé que si une entreprise publique nationale bénéficiant de l'exclusivité de l'émission de messages publicitaires télévisés utilise son droit d'exclusivité « pour favoriser, au sein de la Communauté, certains courants d'échanges ou certains opérateurs économiques par rapport à d'autres », on se trouvait en présence d'une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative. De même dans l'arrêt *Dassonville* (1847), la Cour a considéré qu'une mesure rendant plus difficile l'importation de produits régulièrement en libre pratique dans un autre État membre que l'importation du même produit en provenance directe du pays d'origine constitue, elle aussi, une mesure d'effet équivalent interdite. L'arrêt

(1840) C.J., 22 juin 1976, aff. 127/75, *Bobie*, *Rec.*, 1976, p. 1080 ; 10 octobre 1978, aff. 148/77, *Hansen & Balle*, *Rec.*, 1978, p. 1787.

(1841) Aff. 2/73, *Geddo*, *Rec.*, 1973, p. 865, 879.

(1842) C.J., 9 juillet 1969, aff. 5/69, *Völk*, *Rec.*, 1969, p. 295, 302-303.

(1843) Voy. observations de la République Fédérale d'Allemagne dans l'affaire 4/75, *REWE*, *Rec.*, 1975, p. 843, 850.

(1844) C.J., 1er juillet 1969, aff. 24/68, *Commission c/ Italie*, *Rec.*, 1969, p. 193 ; aff.j. 2 et 3/69, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders*, *Rec.*, 1969, p. 211.

(1845) Conclusions de l'avocat général Reischl dans l'affaire 4/75 précitée, *Rec.*, 1975, p. 865.

(1846) *Rec.*, 1974, p. 428.

(1847) *Rec.*, 1974, p. 852.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

De Peijper (1848) considère comme une mesure d'effet équivalent « une réglementation ou pratique qui conduit à canaliser les importations en ce sens que seuls certains opérateurs économiques peuvent y procéder, alors que d'autres s'en voient exclus ».

Enfin, la Cour admet qu'une mesure étatique s'appliquant sans distinction aux produits nationaux et aux produits importés peut constituer une « discrimination matérielle » si la situation des produits importés aurait justifié un traitement différent de celui réservé aux produits nationaux. La Cour a en effet affirmé « que le traitement différent de situations non comparables ne permet pas de conclure automatiquement à l'existence d'une discrimination ; qu'une apparence de discrimination formelle peut donc correspondre, en fait, à une absence de discrimination matérielle ; que la discrimination matérielle aurait consisté à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes » (1849). Ainsi, dans une affaire concernant l'importation de vins italiens en France, la Cour a affirmé que les États membres ne peuvent se servir de présomptions légales de suralcoolisation à des fins de contrôle qu'à la condition que l'application qui est faite de la présomption ne soit pas de nature à défavoriser les vins d'autres États membres. Elle a ajouté : « que tel serait le cas, par exemple, si la possibilité d'infirmer la présomption n'était pas ouverte, en droit *ou en fait*, pour des vins originaires d'un autre État membre, dans la même mesure et dans les mêmes conditions que pour les vins nationaux » (1850).

3. — Tels étant le sens et la portée de la notion de mesure d'effet équivalent, il n'est pas étonnant qu'on ait songé à l'appliquer aux mesures nationales de contrôle des prix. En effet, de telles mesures sont souvent de nature, sinon à rendre les importations impossibles, du moins à les freiner dans une mesure plus ou moins considérable.

L'effet commun à ces mesures est d'empêcher ou de ralentir la hausse des prix. Même lorsque de telles mesures sont formellement non discriminatoires, elles peuvent entraîner une discrimination matérielle au sens de la jurisprudence de la Cour de justice analysée ci-dessus. La raison n'en est pas uniquement que les producteurs étrangers ne se trouvent pas dans une situation analogue à celle des producteurs nationaux et que, généralement, les facteurs influençant leurs coûts continueront à évoluer à la hausse tandis que les coûts des producteurs nationaux seront freinés par la politique anti-inflationniste menée par leur État (1851). Dans le contexte de l'article 30, la comparaison ne porte pas sur la situation des

(1848) *Rec.*, 1976, p. 635.

(1849) C.J., 17 juillet 1963, aff. 13/63, *Italie c/ Commission*, *Rec.*, IX, p. 335, 360.

(1850) C.J., 30 septembre 1975, aff.j. 89/74, 18 et 19/75, *Arnaud*, et aff. j. 10 à 14/75, *Lahaille*, *Rec.*, 1975, p. 1023, 1036, 1053 et 1071.

(1851) Voy. en ce sens : M. Waelbroeck, *Les réglementations nationales de prix*, p. 41.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

producteurs, mais bien sur celle des produits. Or, à cet égard, une mesure freinant la hausse des prix des produits commercialisés sur le territoire national a le plus souvent pour effet de décourager la vente des produits importés, même si les hausses de coûts des producteurs nationaux sont aussi fortes que celles ressenties par les producteurs étrangers. En effet, ces derniers, n'étant pas soumis à la législation nationale, seront en mesure de répercuter dans leurs prix de vente les augmentations de coût auxquelles ils sont soumis, tandis que les producteurs nationaux ne pourront en faire autant. Dès lors, les opérateurs économiques nationaux — négociants, transformateurs, utilisateurs, consommateurs — donneront la préférence aux produits nationaux. Les producteurs étrangers, de leur côté, s'abstiendront de vendre leurs produits dans le pays dont les prix sont bloqués, puisqu'ils sont en mesure d'obtenir des prix plus élevés sur les marchés étrangers.

Il n'en va autrement que si, d'une part, les opérateurs nationaux sont disposés à payer les prix plus élevés réclamés par les producteurs étrangers — que ce soit pour des considérations de qualité, de régularité des approvisionnements ou autres — ou si, d'autre part, les producteurs étrangers sont disposés à continuer à fournir les opérateurs nationaux aux prix bloqués — que ce soit en raison de l'existence de liens contractuels ou traditionnels ou de coûts de production marginaux décroissants ou pour d'autres raisons. Toutefois, l'existence de situations de ce genre n'est pas de nature à empêcher qu'il faille considérer la mesure de contrôle des prix comme une mesure d'effet équivalent, puisqu'il suffit pour cela qu'elle soit susceptible par nature de restreindre les importations (1852).

4. — Les premiers arrêts à s'être prononcés sur la compatibilité des réglementations nationales des prix avec l'article 30 sont ceux rendus le 26 février 1976 dans les affaires *Tasca* et *SADAM*. Dans les deux cas, la mesure en cause consistait en la fixation de prix maxima pour la vente de sucre en Italie. Après avoir rappelé qu'aux fins de l'interdiction prévue à l'article 30, il suffit que les mesures nationales « soient aptes à entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, les importations entre États membres », la Cour ajoute : « que, si un prix maximal indistinctement applicable aux produits nationaux et importés ne constitue pas en lui-même une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative, il peut cependant sortir un tel effet lorsqu'il est fixé à un niveau tel que l'écoulement des produits importés devient, soit impossible, soit plus difficile que celui des produits nationaux ; qu'un prix maximal, pour autant, en tout cas, qu'il s'applique à des

(1852) C.J., 20 février 1975, aff. 12/74, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, *Rec.*, 1975, p. 181, 199, cité *supra*, n° 2.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

produits importés, constitue donc une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative, notamment lorsqu'il est fixé à un niveau tellement bas que — compte tenu de la situation générale des produits importés comparée à celle des produits nationaux — les opérateurs désirant importer le produit dont s'agit dans l'État membre concerné, ne pourraient le faire qu'à perte » (1853).

L'arrêt rendu le 16 novembre 1977 dans l'affaire *GB-INNO-BM* (1854) concernait une réglementation obligeant les détaillants à vendre les tabacs manufacturés aux consommateurs aux prix indiqués par les fabricants ou importateurs sur les bandelettes fiscales dont ces produits doivent obligatoirement être pourvus. Après avoir répété la définition de la mesure d'effet équivalent donnée par l'arrêt *Dassonville* et repris les considérations développées dans les arrêts *Tasca* et *SADAM*, la Cour précise (1855) : « qu'en revanche, un régime de prix, librement choisi par le fabricant ou, selon le cas, par l'importateur et devenu, en vertu d'une mesure législative nationale un régime de prix imposé au consommateur, et qui ne fait aucune distinction entre les produits nationaux et les produits importés, a normalement des effets exclusivement internes ; que, cependant, on ne peut exclure qu'en certains cas un tel régime soit éventuellement susceptible de produire des effets sur les échanges intracommunautaires ».

Dans son arrêt du 24 janvier 1978 dans l'affaire *Van Tiggele* (1856), la Cour s'est prononcée sur un régime de prix minima et de marges minima.

Après avoir, une fois encore, repris la formule de l'arrêt *Dassonville*, la Cour poursuit : « que, si une réglementation nationale de prix applicable indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés ne saurait, en général, produire un tel effet, il peut en aller autrement dans certains cas spécifiques ; qu'ainsi une entrave à l'importation pourrait résulter notamment de la fixation, par une autorité nationale, de prix ou de marges bénéficiaires à un niveau tel que les produits importés seraient défavorisés par rapport aux produits nationaux identiques, soit parce qu'ils ne pourraient pas être écoulés profitablement dans les conditions fixées, soit parce que l'avantage concurrentiel résultant de prix de revient inférieurs serait neutralisé » (1857).

Appliquant ces considérations aux particularités du cas d'espèce qui lui était soumis, la Cour décide qu'une disposition interdisant la vente au détail de produits nationaux et de produits importés à des prix inférieurs

(1853) C.J., 26 février 1976, aff. 65/75, *Tasca*, *Rec.*, 1976, p. 291, 309 ; *id.* aff.j. 88 à 90/75, *SADAM*, *ibid.*, p. 323, 340.
(1854) Aff. 13/77, *Rec.*, 1977, p. 2115.
(1855) Page 2148.
(1856) Aff. 82/77, *Rec.*, 1978, p. 25.
(1857) Pages 39-40.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

au prix d'achat payé par le détaillant ne saurait produire des effets préjudiciables à l'écoulement des seuls produits importés et ne constitue dès lors pas une mesure d'effet équivalent. De même, la fixation d'une marge bénéficiaire minimale à un montant déterminé, et non pas à un pourcentage du prix de revient, ne saurait non plus avoir pour effet de défavoriser les produits importés, éventuellement moins chers, lorsque le montant de la marge bénéficiaire constitue une part relativement faible du prix de détail définitif. Par contre, il en va autrement de la fixation d'un prix minimum à un montant déterminé. En effet, un tel prix minimum « tout en s'appliquant indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, est susceptible de défavoriser l'écoulement de ces derniers dans la mesure où il empêche que leur prix de revient inférieur se répercute sur le prix de vente au consommateur ; que cette conclusion s'impose même si l'autorité compétente est habilitée à accorder des exemptions du prix minimum fixe et si cette habilitation est utilisée libéralement en faveur des produits importés, la nécessité pour l'importateur ou pour le négociant de se soumettre aux formalités administratives inhérentes à un tel régime pouvant, en elle-même, constituer une mesure d'effet équivalant aux restrictions quantitatives ; que le caractère temporaire de l'application des prix minimaux fixes n'est pas un élément de nature à justifier une telle mesure dès lors qu'elle est incompatible, pour d'autres raisons, avec l'article 30 du traité » (1858).

5. — L'arrêt *Danis* se distingue des précédents en ce que la Cour était saisie, pour la première fois, de la compatibilité avec l'article 30 de l'interdiction faite aux producteurs et importateurs d'augmenter leurs prix sans respecter un « délai d'attente ». Rejetant les points de vue exprimés tant par les gouvernements belge et britannique que par la Commission et l'avocat général Mayras, la Cour estime qu'une mesure de blocage temporaire des prix, telle que celle résultant de l'obligation d'observer un délai d'attente, constitue une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation « dans la mesure où l'écoulement des produits importés en provenance d'un autre État membre devient soit impossible soit plus difficile que celui des produits nationaux ou qu'elle a pour effet de favoriser l'écoulement des produits nationaux au détriment des produits importés ».

L'arrêt apporte d'importantes précisions sur un certain nombre de points qui étaient demeurés douteux.

a) On s'était parfois demandé si la jurisprudence de la Cour devait être limitée aux mesures réglementant les prix de l'ensemble des produits et services ou si elle pouvait s'appliquer aussi aux mesures visant certaines

(1858) Page 40.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

catégories de produits et services, voire même certains produits ou services individualisés (1859).

L'arrêt *Danis* nous paraît apporter une réponse à cette question. En effet, la mesure condamnée par la Cour consistait en l'espèce en le blocage temporaire des prix auxquels un nombre limité d'importateurs de certains produits déterminés pouvaient revendre ces produits. En outre, rien dans ses arrêts ne permet de penser que la Cour a entendu limiter leur portée aux mesures de caractère général. L'article 30 vise *toutes* les mesures susceptibles d'entraver les échanges, que ces mesures soient d'application générale ou qu'elles visent des produits déterminés. Dans les arrêts *Dassonville* et *De Peijper*, la Cour a considéré qu'une mesure faisant obstacle à la possibilité d'importations parallèles de produits déterminés en provenance de certains pays membres était visée par l'article 30.

b) Les arrêts *Tasca* et *SADAM* avaient affirmé qu'un prix maximum constitue une mesure d'effet équivalent « notamment lorsqu'il est fixé à un niveau tellement bas que... les opérateurs désirant importer le produit dont il s'agit... ne pourraient le faire qu'à perte ». On en avait parfois conclu que si le niveau des prix était fixé de telle manière que l'importation, sans entraîner une perte, soit moins rentable que l'achat de produits nationaux, l'article 30 ne serait pas applicable (1860).

Ce problème a été tranché par l'arrêt *Danis*. Celui-ci affirme que l'on se trouve en présence d'une mesure d'effet équivalent non seulement lorsque « les opérateurs désirant importer les produits dont il s'agit dans l'État membre concerné ne pourraient le faire qu'à perte » mais aussi lorsque, « eu égard au niveau des prix bloqués des produits nationaux, (ces opérateurs) sont amenés à accorder leur préférence à ces derniers produits ». Il suffit donc que le niveau auquel les prix sont bloqués soit tel que la vente des produits nationaux soit plus rentable pour les opérateurs que celle des produits importés, de telle sorte que ces opérateurs soient incités à vendre de préférence les produits nationaux (1861).

c) L'arrêt annoté ne donne pas de précisions quant aux cas dans lesquels une discrimination des produits nationaux par rapport aux produits importés peut se produire. Dans leur argumentation, les prévenus avaient soutenu qu'en tant qu'importateurs, ils rencontraient des obstacles auxquels les utilisateurs de matières premières natio-

(1859) E.J. Mestmäcker, *op. cit.*, p. 27. Cet auteur estime que la jurisprudence peut être étendue aux mesures individuelles.

(1860) W. Van Gerven, art. cité, p. 9; H.G. Koppensteiner, art. cité, p. 591, pour qui la réalisation d'un bénéfice moins élevé serait un sacrifice raisonnable qui pourrait être exigé compte tenu de l'objectif d'intérêt général poursuivi par les réglementations de prix.

(1861) Voy. en ce sens: E.J. Mestmäcker, *op. cit.*, p. 47, 48. Voy. aussi M.R. Mok, note sous l'arrêt *Danis*, *S.E.W.*, 1980, p. 453, 454.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

nales n'avaient pas à faire face. Étant donné que les hausses des prix des matières premières belges doivent faire l'objet d'une déclaration préalable et qu'une telle démarche est très vite connue dans les milieux commerciaux, l'utilisateur de ces matières premières pourrait à son tour déclarer immédiatement une hausse de ses prix, qui viendrait ainsi à être appliquée simultanément à celle des prix des matières premières, alors que l'importateur ne pourrait répercuter la hausse qui lui est appliquée par son fournisseur étranger qu'après l'écoulement du délai d'attente.

Le bien-fondé de ce raisonnement a été mis en doute par le professeur De Vroede, qui fait valoir qu'il est peu probable que les services du Ministère des affaires économiques accepteraient qu'un producteur invoque une augmentation simplement annoncée du prix des matières premières (1862).

À notre avis, il résulte de l'arrêt que cette question ne présente que peu d'importance. En effet, quelle que soit la raison pour laquelle la vente des produits importés est rendue moins intéressante que celle des produits nationaux, la règle énoncée par l'arrêt trouvera à s'appliquer. Ainsi, le simple fait que le niveau des prix dans les autres pays de la Communauté soit supérieur à celui autorisé en Belgique suffit à entraîner l'applicabilité de l'article 30.

d) Pour ne pas constituer une entrave aux importations, une mesure de blocage des prix doit non seulement tenir compte du niveau des prix de vente des produits à l'étranger, mais aussi des frais nécessairement liés à l'importation. Dès lors, le fait que le niveau des prix fixé est égal ou supérieur à celui des prix applicables à l'étranger n'est pas nécessairement de nature à exclure une violation de l'article 30, car les frais de commercialisation sont souvent plus élevés pour les produits importés que pour les produits nationaux. C'est la raison pour laquelle l'article 2, paragraphe 3, lettre (d) de la Directive n° 70/50 de la Commission condamne les mesures qui « rendent impossible la majoration éventuelle du prix du produit importé correspondant aux frais et charges supplémentaires inhérents à l'importation » (1863). Cette prise de position de la Commission a été confirmée de manière non équivoque par l'arrêt annoté.

e) L'arrêt confirme aussi que peut produire un effet équivalant à une restriction quantitative une mesure qui entrave l'importation des matières premières ou demi-produits entrant dans la composition des

(1862) P. De Vroede, Note sous l'arrêt, *Revue internationale de la concurrence*, n° 140, 1980, p. 20, 24. Voy. aussi les doutes exprimés par E. Paulis, « The Danis Case : Reconciling Statutory Price Controls with the Free Movement of Goods », *European Competition Law Review*, 1980, p. 163, 170.

(1863) Directive n° 70/50 de la Commission, du 22 décembre 1969, *J.O.C.E.*, n° L 13 du 19 janvier 1970, p. 29.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

produits dont les prix sont bloqués. Ceci est conforme à la jurisprudence générale en matière de mesures d'effet équivalent, laquelle condamne, nous l'avons vu, les mesures nationales qui, quoique applicables aux seuls produits nationaux, restreignent indirectement l'importation des matières premières ou demi-produits entrant dans la composition de ces produits (1864).

f) Enfin, l'arrêt précise que le caractère temporaire d'une mesure de blocage n'empêche pas sa qualification comme mesure d'effet équivalent, si les conditions d'application de cette notion sont réunies (1865).

6. — Malgré les précisions ainsi apportées par l'arrêt à la jurisprudence précédente, un certain nombre de points demeurent en suspens.

a) L'arrêt oblige à comparer « la situation générale des produits importés » avec celle des produits nationaux. Il est clair que, lorsque les prix nationaux sont fixés à un niveau inférieur à celui auquel se situent les prix dans *tous* les autres États membres, il en résulte une restriction aux échanges. Mais *quid* si les prix sont plus élevés uniquement dans certains États membres, voire même dans un seul ?

À première vue, on pourrait songer à se fonder sur la moyenne des prix nationaux et ne conclure à l'existence d'une violation de l'article 30 que lorsque cette moyenne est supérieure aux prix nationaux fixés. Toutefois, un tel système méconnaîtrait que le traité interdit non seulement aux États membres de favoriser leurs produits nationaux par rapport aux produits des autres États membres, mais qu'il leur interdit aussi de discriminer entre produits provenant de différents États membres. Nier l'existence d'une infraction à l'article 30 en se fondant sur le fait que la moyenne des prix dans les autres États membres est inférieure aux prix nationaux fixés aboutit à permettre l'exclusion des produits provenant des États membres où les prix sont plus élevés que les prix fixés. Une telle exclusion de la possibilité d'importation en provenance de certains États membres paraît sans nul doute contraire au traité (1866).

b) Tous les cas envisagés jusqu'ici par la Cour concernaient la fixation pour certains produits de prix inférieurs à ceux auxquels ces mêmes produits se vendaient dans d'autres États membres. Il se peut toutefois que la fixation de prix maximaux pour certains produits exerce une influence sur la possibilité pour d'autres produits satisfaisant aux mêmes besoins, de trouver des débouchés. À notre avis, de tels effets doivent en principe

(1864) Voy. *supra*, n° 2.

(1865) Cette précision avait déjà été fournie par l'arrêt *Van Tiggele* en rapport avec une mesure de prix maximum. Il est maintenant établi qu'elle vise aussi les mesures de blocage.

(1866) Voyez dans le môme sens E.J. Mestmäcker, *op. cit.*, p. 52.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

être pris en considération dans le cadre de l'article 30, tout comme ils le sont dans d'autres domaines où le traité est applicable (1867).

c) Jusqu'ici, la Cour ne s'est pas prononcée sur la conformité à l'article 30 de mesures rendant les importations moins profitables *qu'elles ne l'étaient précédemment*. Elle s'est prononcée uniquement au sujet de mesures rendant les importations moins profitables *que la commercialisation des produits nationaux*. Or, il se peut qu'une mesure décidant une baisse autoritaire des prix sur le marché national laisse ces prix à un niveau tel qu'ils n'ont pas pour effet de rendre l'importation impossible ni même moins avantageuse que l'écoulement des produits nationaux. Certes, l'incitation des vendeurs étrangers à vendre sur le marché national sera diminuée du fait de la mesure ; toutefois, aussi longtemps que « les opérateurs désirant importer les produits dont il s'agit dans l'État membre concerné » ne sont pas amenés, « eu égard au niveau des prix bloqués des produits nationaux..., à accorder leur *préférence* à ces derniers produits » (1868), il nous semble que l'article 30 ne peut s'appliquer.

Le même raisonnement vaut dans l'hypothèse où une mesure de blocage a pour effet de rendre les importations moins intéressantes, du fait que les prix dans les autres États membres continuent à augmenter. L'article 30 ne sera applicable que si, compte tenu du niveau relatif des prix bloqués et des prix dans les autres États membres, l'écoulement des produits nationaux est en fait favorisé.

Enfin, les mêmes considérations valent dans l'hypothèse où le rapport entre les prix nationaux et les prix à l'étranger se modifie sous l'effet de fluctuations de change.

Il ne serait donc pas exact de croire que toute augmentation des prix à l'étranger ou toute modification dans les cours du change doivent nécessairement être prises en considération dans l'application de la réglementation des prix. Il faut montrer, dans chaque cas, que le niveau des prix fixés, compte tenu des frais et charges supplémentaires inhérents à

(1867) C'est notamment le cas dans le domaine des règles de concurrence, où la Commission et la Cour tiennent compte, pour apprécier tant le caractère sensible de l'effet sur la concurrence d'un accord visé par l'article 85 que l'existence d'une position dominante au sens de l'article 86, non seulement des produits visés par l'accord ou soumis au contrôle de la position dominante mais aussi des produits de substitution. De même, l'article 95 interdit non seulement, dans son paragraphe 1, d'imposer les produits importés plus lourdement que les mêmes produits nationaux, mais aussi, dans son paragraphe 2, d'imposer les produits importés de manière à accorder une protection indirecte à d'autres produits nationaux pouvant entrer en concurrence avec eux. Dans sa note précitée, P. De Vroede estime que « si les produits concernés ne sont pas fabriqués dans le pays où ils sont importés, il ne sera jamais possible de prouver qu'une mesure gouvernementale aura rendu l'écoulement des produits importés plus difficile que celui des produits nationaux » (p. 23). Ce point de vue nous paraît trop restrictif.

(1868) Arrêt annoté, attendu 7.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'importation, rend l'écoulement des produits importés soit impossible, soit moins avantageux que l'écoulement des produits nationaux (1869).

7. — Il convient pour terminer de s'interroger sur la capacité des juges nationaux d'appliquer les critères dégagés par la Cour de justice. Dans ses conclusions précédant l'arrêt, Monsieur Mayras avait estimé qu'il n'appartenait pas au juge de se prononcer sur un problème macroéconomique qui concerne le fonctionnement du Marché commun dans son ensemble, seule la Commission possédant les informations nécessaires (1870). Le professeur Mok insiste sur la situation difficile dans laquelle « le pauvre juge pénal » (de arme strafrechter) se trouvera, devant se former une opinion sur un ensemble de données économiques complexes avant de pouvoir se prononcer sur le caractère délictueux des faits reprochés au prévenu (1871). Les mêmes réserves sont exprimées par E. Paulis (1872).

Fidèle à sa jurisprudence selon laquelle le fait qu'une disposition « comporte des éléments relevant de l'appréciation de faits économiques... n'exclut pas le droit et l'obligation du juge national d'assurer le respect des règles du traité » (1873), la Cour n'a apparemment pas été impressionnée par ces objections.

À notre avis, la difficulté d'appliquer les principes dont s'inspire l'arrêt *Danis* ne doit pas être exagérée. Le critère fondamental consistant en une simple comparaison des prix résultant de l'application de la mesure nationale avec les prix auxquels les produits en cause se vendent dans les autres États membres, il n'apparaît pas que son application doive présenter pour les magistrats des difficultés insurmontables. Certes, il n'est pas exclu que, dans certains cas, des contestations puissent s'élever quant aux prix auxquels les produits peuvent être acquis dans d'autres États membres, mais il ne nous semble pas que ces problèmes soient plus difficiles à résoudre que ceux que pose l'application du droit économique en général (1874).

* * *

(1869) *Contra* : E. Paulis, article cité, p. 173, selon qui le système belge de la déclaration de hausse « est toujours apte à entraver, actuellement ou potentiellement, le commerce entre États membres ».

(1870) *Rec.*, 1979, p. 3347-3348.

(1871) *S.E.W.*, 1980, p. 455.

(1872) Article cité, p. 174.

(1873) C.J., 4 avril 1968, aff. 27/67, *Fink-Frucht*, *Rec.*, 1968, p. 327, 342.

(1874) Que l'on songe, par exemple, aux problèmes de la détermination du « prix normal » au sens de l'arrêté-loi du 22 janvier 1945, de la « valeur normale » au sens du règlement n° 803/68 de la C.E.E. sur la valeur en douane, des « prix et conditions non équitables » au sens de l'article 86 (a) du traité C.E.E., des comparaisons de prix nécessitées par l'application des réglementations *antidumping*...

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Quelques années plus tard, à l'occasion d'un colloque organisé à Paris par la TEPSA (1875), je fis le point du problème, examinant systématiquement les divers types de mesures de contrôle des prix et leur compatibilité avec les règles du traité.

« Réglementations nationales des prix et droit communautaire »,
Revista juridica de Catalunya,
1987, nº 3, pp. 617-626.

I. INTRODUCTION

Longtemps, la réglementation des prix a été considérée comme relevant de la compétence exclusive des États membres. Dans la mesure où cette réglementation est un des instruments par lesquels les États s'efforcent de maîtriser leur conjoncture économique, il paraissait logique de considérer qu'elle était régie par les articles 6 et 103 à 105 du Traité, qui réservent la compétence en matière de politique économique aux États membres (1876).

Depuis une dizaine d'années, cependant, il apparaît que les actions menées par les États membres en matière de prix ne sont pas soustraites à tout contrôle communautaire. Selon le type d'action dont il s'agit et le secteur de l'économie dans lequel elle intervient, les règles relatives à la libre circulation des marchandises, à la liberté de la concurrence ou au fonctionnement des organisations communes des marchés agricoles pourront intervenir pour limiter, voire même supprimer le pouvoir des États membres de réglementer les prix.

II. OBJET DE L'ÉTUDE

Le présent article se limitera aux produits industriels. Il n'étudiera donc pas l'incidence des règles régissant les organisations communes des marchés sur la formation des prix des produits agricoles.

Parmi les mesures applicables aux produits industriels, il y a lieu de faire une distinction entre celles qui trouvent leur origine immédiate dans une décision de l'autorité et dont le contenu est intégralement déterminé

(1875) Transeuropean Policy Studies Association.

(1876) Voyez notamment Tribunal d'arrondissement de Dordrecht, 24 novembre 1970, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1971, nº 138, spec. p. 384 : « Le Tribunal constate que, dans la mesure où les décisions en matière de prix concernées ont pour objet de stabiliser le niveau national des prix, elles doivent être considérées comme conformes à l'article 104 du Traité C.E.E., lequel prescrit aux États membres notamment de veiller à la stabilité des prix ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

par cette autorité, et celles qui trouvent leur origine immédiate dans une décision des opérateurs économiques, laquelle est approuvée, encouragée, voire sanctionnée et rendue opposable *erga omnes* par l'autorité.

Dans le premier cas, qui est aussi le plus fréquent, les règles relatives à la libre circulation des marchandises, et principalement l'article 30 du Traité interdisant les mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation, seront applicables. Dans le deuxième cas, les articles 85 et 86 établissant les règles de concurrence applicables aux entreprises pourront s'appliquer si, nonobstant l'intervention de l'autorité, les conditions d'une coopération ou concertation entre sujets privés se trouvent réunies. Ceci sera le cas si la mesure est simplement approuvée ou encouragée par l'autorité. Il résulte en effet d'une jurisprudence bien établie que le seul fait qu'un comportement privé soit approuvé ou encouragé par la puissance publique ne suffit pas pour qu'on puisse le considérer comme soustrait à l'application des règles de concurrence (1877).

Si par contre la mesure n'est pas simplement approuvée ou encouragée par l'autorité mais que celle-ci en reprend le contenu à son compte en la rendant opposable aux tiers, une application de l'article 30 du Traité pourra entrer en ligne de compte dans la mesure où les échanges intra-communautaires sont restreints (1878). Si les conditions d'application de l'article 85 ou de l'article 86 sont réunies, une application de ces dispositions aux entreprises en cause est possible (1879), outre l'application de l'article 30 à l'État membre concerné. Si les conditions d'application de l'article 85 ou de l'article 86 ne sont pas remplies mais que la mesure étatique produit néanmoins des effets en tous points analogues à ceux d'un comportement interdit par ces dispositions, rendant de tels comportements superflus, la mesure pourra, sans préjudice de son incompatibilité éventuelle avec l'article 30, être aussi considérée comme contraire à l'obligation de « bonne foi communautaire » contenue à l'article 5, alinéa 2, du Traité, laquelle oblige les États membres à ne pas adopter des mesures de nature à contrarier l'effet utile des dispositions du Traité, et notamment des articles 85 et 86 (1880).

(1877) Voyez en ce sens les décisions de la Commission du 29 novembre 1974 (*J.O.C.E.*, L 343 du 21.12.74, p. 19) dans l'affaire de l'*Entente franco-japonaise des roulements à billes* et du 19 décembre 1984 (*J.O.C.E.*, L 92 du 30.3.85, p. 38-39) dans l'affaire des *Importations d'aluminium d'Europe de l'Est*, ainsi que les arrêts de la Cour de Justice du 16 novembre 1977 (affaire 13/77, *GB-INNO-BM c/ ATAB*, *Rec.* 1977, p. 2.115) et du 10 décembre 1985, aff. j. 240 à 242, 261, 262, 268 et 269/82, *SSI*, *Rec.* 1985, et aff. 20/82, *Nederlands Sigarenwinkelierorganisatie*, *Rec.*, 1985.

(1878) Voyez l'arrêt du 16 novembre 1977 précité ; voyez aussi l'arrêt du 10 janvier 1985 (aff. 229/83, *Leclerc c/ « Au Blé Vert »*, *Rec.*, 1985, p. 2.

(1879) Voyez l'arrêt du 30 janvier 1985 (Aff. 123/83, *Bureau national Interprofessionnel du cognac c/ Clair*, *Rec.*, p. 392).

(1880) Arrêt du 10 janvier 1985, aff. 229/83, précité.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Le présent article sera principalement consacré à l'étude de la compatibilité avec le traité des mesures qui trouvent leur origine immédiate dans une décision de l'autorité.

III. Application de l'article 30 du Traité aux mesures trouvant leur origine immédiate dans une décision de l'autorité

Comme nous l'avons indiqué, l'intervention immédiate des États membres dans le mécanisme de formation des prix sur le marché est susceptible d'être appréhendée par l'article 30 du traité C.E.E. qui interdit les mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation. Cette notion a reçu, dans l'arrêt *Dassonville* (1881), une définition extrêmement large, selon laquelle « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intra-communautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives ».

Il ne s'ensuit toutefois pas que l'article 30 s'applique de manière automatique à toute réglementation nationale en matière de prix. La structure et le contenu de la mesure nationale, tout autant que son contexte économique, doivent être analysés avant que l'on puisse la juger contraire au Traité.

1. Mesures discriminatoires à l'égard des produits importés

Lorsqu'une mesure de contrôle des prix s'applique uniquement aux produits importés ou lorsqu'elle établit un régime moins favorable pour les produits importés que pour les produits nationaux, elle constitue par définition une mesure d'effet équivalent interdite par le traité. En effet, une telle mesure a nécessairement un effet discriminatoire à l'égard des produits importés.

Ainsi, dans l'article 2 (3) de sa Directive 70/50 du 22 décembre 1969 (1882), la Commission a expressément constaté que constituent des mesures d'effet équivalent interdites celles qui :

a) imposent, pour les seuls produits importés, des prix minima ou maxima respectivement en-dessous ou au-dessus desquels les importations sont interdites, réduites ou soumisses à des conditions susceptibles de faire obstacle aux importations ;

b) imposent des prix moins avantageux pour les produits importés que pour les produits nationaux ;

(1881) Arrêt du 11 juillet 1974, aff. 8/74, *Rec.* 1974, p. 837, 852.
(1882) *J.O.C.E.*, L 13 du 19.1.1970, p. 29.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

c) fixent des marges bénéficiaires ou tous autres éléments de prix pour les seuls produits importés ou les fixent d'une façon différente pour les produits nationaux et les produits importés, au détriment de ces derniers ;

d) rendent impossible la majoration éventuelle du prix du produit importé correspondant aux frais et charges supplémentaires inhérents à l'importation ;

e) fixent les prix en fonction du prix de revient ou de la qualité des seuls produits nationaux à un niveau tel qu'il en résulte un obstacle à l'importation.

La jurisprudence a eu à connaître d'autres cas de régimes de prix discriminatoires.

Dans son arrêt du 29 novembre 1983, dans l'affaire *Roussel* (1883), la Cour de justice a condamné une réglementation néerlandaise bloquant les prix des médicaments, tant nationaux qu'importés, aux niveaux pratiqués à une date de référence. La Cour a considéré que cette mesure, apparemment applicable de la même manière aux produits nationaux et aux produits importés, établissait une discrimination au détriment de ces derniers dans la mesure où les prix dans certains États membres étaient, à la date de référence choisie, limités par des mesures autoritaires alors que les prix néerlandais avaient pu se former, jusqu'à cette date, librement. Malgré l'adoption d'un critère apparemment uniforme, la réglementation néerlandaise entraînait donc une discrimination matérielle puisque les circonstances prévalent dans les différents États membres étaient différentes (1884). Selon la Cour : « une telle réglementation différenciée pour deux groupes de produits doit être considérée comme mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative dès qu'elle est susceptible de favoriser, de quelque façon que ce soit, l'écoulement des produits importés ».

De même, dans l'arrêt du 10 janvier 1985 dans l'affaire *Leclerc c/ Au Blé Vert* (1885), la Cour a considéré qu'une législation donnant, d'une part, aux éditeurs français et, d'autre part, aux importateurs chargés d'accomplir la formalité du dépôt légal des livres importés d'autres États membres, le droit d'en fixer le prix de revente n'assimilait pas le régime des livres importés à celui des livres nationaux, mais créait, pour les livres importés, une réglementation distincte susceptible d'entraver le commerce entre les États membres. Une telle disposition a été considérée comme une mesure d'effet équivalent interdite par l'article 30 du traité.

(1883) Aff. 188/82, *Rec.*, 1983, p. 3849.

(1884) G. Marenco, « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative », *Cahiers de Droit européen*, 1984, p. 291, 352.

(1885) Aff. 229/85 précitée, attendu 25.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

2. Mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés

Même lorsqu'une mesure de prix s'applique de manière indistincte aux produits nationaux et aux produits importés, elle peut constituer une mesure d'effet équivalent si elle a pour résultat de rendre l'écoulement des produits importés plus difficile que celui des produits nationaux similaires. Tel est l'enseignement qui résulte des arrêts *Tasca* et *SADAM* du 26 février 1976 (1886). Ces arrêts, d'une importance fondamentale, ont jeté les bases de tout le développement ultérieur de la jurisprudence dans ce domaine (1887).

Si l'on tente de synthétiser les solutions résultant des décisions qui, dans la ligne des arrêts *Tasca* et *SADAM*, se sont prononcées sur la compatibilité avec l'article 30 des différents types d'intervention des États membres dans le mécanisme de formation de prix, on constate que la Cour distingue selon que la mesure impose un prix minimum (ou fixe), un prix maximum, une interdiction de revendre en-dessous du prix d'achat, une marge bénéficiaire minimale ou maximale, ou enfin le respect d'un délai d'attente préalable à une augmentation de prix.

a) Mesures imposant un prix minimum ou un prix fixe

De telles mesures sont interdites si elles défavorisent les produits importés par rapport aux produits nationaux identiques, soit parce qu'ils ne pourraient pas être écoulés profitablement dans les conditions fixées, soit parce que l'avantage concurrentiel résultant de prix de revient inférieurs serait neutralisé (1888). Le même raisonnement vaut en ce qui concerne les prix minima applicables aux produits nationaux qui sont réimportés après avoir été exportés vers un autre État membre (1889).

b) Mesures interdisant de revendre en-dessous du prix d'achat

De telles mesures s'appliquent de manière identique aux produits nationaux et aux produits importés. Elles ne produisent pas d'effets préjudiciables à l'écoulement des seuls produits importés. Elles ne sont donc pas interdites (1890).

(1886) Aff. 65/75, *Rec.*, 1976, p. 291 ; Aff. 88 à 90/75, *ibid.*, p. 323. Voy. aussi notre note d'observations sous ces arrêts, *Comm. Mkt. Law Rev.*, 1977, p. 94.

(1887) La thèse accueillie par ces arrêts avait été suggérée dans notre ouvrage : « Les réglementations nationales de prix et le droit communautaire », Bruxelles, 1975, pp. 40-43.

(1888) Arrêt du 24.1.1978, aff. 82/77 *Van Tiggele*, *Rec.* 1978, p. 25, 39-40 ; arrêt du 29.1.1985, aff. 231/83, *Cullet c/ Centre Leclerc*, *Rec.*, 1985, p. 306.

(1889) Arrêt du 10.1.1985, aff. 229/83, précité.

(1890) Arrêt du 24.1.1978, Aff. 82/77, précité.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

c) Mesures fixant une marge bénéficiaire minimale

Il résulte de l'arrêt *Van Tiggele* du 24 janvier 1978 (1891) que si la marge est fixée à un montant déterminé, et si ce montant constitue une part relativement faible du prix de détail définitif, elle ne saurait défavoriser des produits importés éventuellement moins chers et n'est donc pas interdite par l'article 30.

Dans certains arrêts récents, la Cour semble avoir généralisé ce raisonnement. Ainsi, dans son arrêt du 29 janvier 1985, dans l'affaire *Cullet c/ Centre Leclerc* (1892), elle affirme de manière générale « qu'une disposition nationale qui fixe une marge bénéficiaire minimale applicable indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés ne saurait produire des effets préjudiciables à l'écoulement des seuls produits importés ». De même dans son arrêt du 7 juin 1983, elle a considéré que la fixation par l'État italien d'une marge commerciale uniforme de 8 % du prix de vente au détail des produits manufacturés du tabac, s'appliquant de manière identique aux produits nationaux et aux produits importés, n'était pas susceptible de favoriser l'écoulement des seuls produits nationaux. En effet, la réglementation litigieuse ne portait pas atteinte à la liberté des producteurs de fixer les prix de vente au détail de leurs produits, de telle façon que les producteurs étrangers étaient libres soit de tirer avantage d'un prix de revient plus concurrentiel, soit de répercuter entièrement un prix de revient plus élevé. En outre, il n'était pas contesté que la marge uniforme représentait, pour les débitants de tabac, une rémunération suffisante, qu'il s'agisse de produits importés ou nationaux (1893).

d) Mesures fixant une marge bénéficiaire maximale

Une mesure fixant une marge bénéficiaire maximale applicable indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés peut avoir pour effets de rendre moins intéressante la vente de produits importés dans la mesure où les frais de transport, d'importation, de promotion et de vente des produits importés entraîne la nécessité d'accorder aux importateurs une marge supérieure à celle qui est généralement pratiquée pour les produits nationaux.

Dans son arrêt *Roelstraete* du 5 juin 1985, la Cour a considéré que la fixation d'une marge commerciale maximale pouvait constituer une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative si elle comprenait les frais d'importation que le détaillant avait exposés. En effet, une telle marge, fixée à un montant unique applicable tant si le détaillant s'appro-

(1891) Précité.
(1892) Précité.
(1893) Arrêt du 7.6.1983, aff. 78/72, *Commission c/ Italie*, *Rec.*, 1983, p. 1955, 1968.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

visionne sur le marché national que s'il décide d'importer ses produits en les achetant directement sur les marchés d'autres États membres, ne laisse au détaillant ayant importé ses produits d'autres États membres qu'un bénéfice net réduit du montant correspondant aux frais d'importation et, dès lors, inférieur au bénéfice qu'il aurait obtenu en achetant ses produits sur le marché national. Un tel système a manifestement pour effet de décourager les importations en provenance d'autres États membres et d'inciter les détaillants à s'approvisionner sur le marché national. Il est dès lors contraire à l'article 30 du traité (1894).

La fixation d'une marge maximale (ou fixe) peut aussi avoir pour effet de défavoriser les importations dans la mesure où elle limite la possibilité pour les fabricants étrangers d'accorder aux commerçants qui acceptent de revendre leurs produits des primes de pénétration permettant de couvrir les frais de promotion indispensables pour que les produits importés, moins connus des consommateurs que les produits nationaux, puissent concurrencer effectivement ceux-ci. Toutefois, dans son arrêt du 7 juin 1983 concernant la marge commerciale uniforme imposée en Italie pour la distribution des produits manufacturés du tabac (1895), la Cour a considéré que la fixation par l'Itaile d'une marge commerciale uniforme n'était pas contraire au Traité. Selon la Cour, l'impossibilité d'accorder des primes de pénétration existait tant pour le monopole italien de production de tabac que pour les producteurs étrangers. De plus, la Commission n'avait pas établi que l'octroi de primes de pénétration constituait la seule méthode commerciale qui permettrait à des producteurs étrangers de s'implanter sur le marché, d'autant plus que la concurrence sur le prix de vente au détail demeurait possible. Rien enfin ne permettait d'affirmer que cette marge tenait compte des besoins particuliers des produits du monopole italien en fonction de la situation sur le marché. Selon la Cour, la Commission n'avait donc pas établi en quoi la fixation de cette marge pourrait, dans ces circonstances, favoriser l'écoulement des seuls produits nationaux (1896).

À notre avis, cet arrêt appelle certaines réserves. En effet, dans la mesure où il admet qu'un État membre puisse interdire aux producteurs étrangers d'accorder aux commerçants qui acceptent de vendre leurs produits une marge supérieure à celle qui est offerte par les producteurs nationaux, il aboutit nécessairement à limiter la possibilité pour les producteurs étrangers de pénétrer sur le marché. Il importe peu qu'il existe d'*autres* possibilités pour ces producteurs de concurrencer les producteurs nationaux. Le fait qu'*une* des possibilités de concurrence

(1894) Arrêt du 5.6.1985, aff. 116/84, *Roelstraete*, *Rec.*, 1985, p. 1706.
(1895) Précité.
(1896) Aff. 78/82 *Rec.*, 1983, p. 1955, 1968, 1969.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

soit exclue devait suffire, selon nous, à entraîner la condamnation du système.

e) Mesures fixant un prix maximum

Il résulte des arrêts *Tasca* et *SADAM* (1897) « que si un prix maximal indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés ne constitue pas en lui-même une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative, il peut cependant sortir un tel effet lorsqu'il est fixé à un niveau tel que l'écoulement des produits importés devient, soit impossible, soit plus difficile que celui des produits nationaux ». La Cour considère en effet qu'« un prix maximal, pour autant, en tout cas, qu'il s'applique à des produits importés, constitue (...) une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative, notamment lorsqu'il est fixé à un niveau tellement bas — compte tenu de la situation générale des produits importés comparée à celle des produits nationaux — que les opérateurs désirant importer le produit dont il s'agit dans l'État membre concerné, ne pourrait le faire qu'à perte » (1898).

Dans ses arrêts *Buys* du 18 octobre 1979 (1899) et *Danis* du 6 novembre 1979 (1900), la Cour a complété cette formule en précisant que la mesure contrevient à l'article 30 non seulement si elle contraint les opérateurs désirant importer les produits à les revendre à perte, mais aussi si elle les amène à accorder leur préférence aux produits nationaux.

Pour ne pas constituer une entrave aux importations, une mesure fixant un prix maximum doit non seulement tenir compte du niveau des prix de vente des produits à l'étranger mais aussi des frais nécessairement liés à l'importation. Dès lors, le fait que le niveau des prix fixés est égal ou supérieur à celui des prix applicables à l'étranger n'est pas nécessairement de nature à exclure une violation de l'article 30. En effet, les frais de commercialisation sont souvent plus élevés pour les produits importés que pour les produits nationaux.

La formule adoptée par la Cour oblige à comparer « la situation générale des produits importés » avec celle des produits nationaux. Il est clair que, lorsque le prix d'un produit est fixé à un niveau inférieur à celui auquel se situent les prix du même produit dans *tous* les États membres, il en résulte une restriction aux échanges. Mais *quid* si les prix sont plus élevés dans certains États membres, voire même dans un seul ?

(1897) Précités.
(1898) *Rec.* 1977, p. 2115.
(1899) Aff. 5/79, *Rec.*, 1979, p. 3203.
(1900) Aff. j. 16 à 20/79, *Rec.*, 1979, p. 3327 ; *Revue critique de jurisprudence belge*, 1981, p. 5 et note M. Waelbroeck.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

À première vue, on pourrait songer à se fonder sur la moyenne des prix nationaux et ne conclure à l'existence d'une violation de l'article 30 que lorsque cette moyenne est supérieure aux prix nationaux fixés. Toutefois, un tel système méconnaîtrait que le Traité interdit non seulement aux États membres de favoriser leurs produits nationaux par rapport aux produits des autres États membres mais qu'il leur interdit aussi de discriminer entre produits provenant de différents États membres. Nier l'existence d'une infraction à l'article 30 en se fondant sur le fait que la moyenne des prix dans les autres États membres est inférieure aux prix nationaux fixés aboutit à permettre l'exclusion des produits provenant des États membres où les prix sont plus élevés que les prix fixés. Une telle exclusion de la possibilité d'importation en provenance de certains États membres paraît sans nul doute contraire au Traité (1901).

Il convient d'observer que la Cour ne s'est pas prononcée sur la conformité à l'article 30 de mesures rendant les importations moins profitables *qu'elles ne l'étaient précédemment*. Elle s'est prononcée uniquement au sujet de mesures rendant les importations moins profitables *que la commercialisation des produits nationaux*. Or, il se peut qu'une mesure décidant une baisse autoritaire des prix sur le marché national laisse ces prix à un niveau tel qu'ils n'ont pas pour effet de rendre l'importation impossible ni même moins avantageuse que l'écoulement des produits nationaux. Aussi longtemps que « les opérateurs désirant importer les produits dont s'agit dans l'État membre concerné » ne sont pas amènes, « en égard au niveau des prix bloqués des produits nationaux... à accorder leur préférence à ces derniers produits », l'article 30 ne peut s'appliquer.

Le même raisonnement vaut dans l'hypothèse où une mesure de blocage a pour effet de rendre les importations moins intéressantes du fait que les prix dans les autres États membres continuent à augmenter. L'article 30 ne sera applicable que si, compte tenu du niveau relatif des prix bloqués et des prix dans les autres États membres, l'écoulement des produits nationaux est en fait favorisé.

Il ne serait donc pas exact de croire que toute augmentation des prix à l'étranger doit nécessairement être prise en considération dans l'application de la réglementation nationale des prix. Il faut montrer, dans chaque cas, que le niveau des prix fixés, compte tenu des frais et charges supplémentaires inhérents à l'importation, rend l'écoulement des produits importés soit impossible, soit moins avantageux que l'écoulement des produits nationaux.

(1901) Cf. l'arrêt *Roussel* du 29 novembre 1983 précité.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

f) Mesures imposant un délai d'attente à respecter avant de pouvoir augmenter les prix

Les règles dégagées ci-dessus concernant la compatibilité avec l'article 30 des mesures fixant des prix maxima s'appliquent par analogie aux mesures imposant un délai d'attente préalable à une augmentation de prix. Il résulte de l'arrêt *Danis* (1902) qu'une réglementation nationale qui, ne faisant pas de distinction entre produits importés et produits nationaux, aboutit nécessairement, en raison des procédures administratives qu'elle comporte, à retarder au-delà de limites acceptables la répercussion des augmentations de prix des produits importés dans les prix de revente équivaut en fait à une mesure de blocage temporaire des prix. La Cour à considéré qu'un tel régime de blocage des prix produisait un effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation lorsque les prix bloqués se situent à un niveau tel que l'écoulement des produits importés devient soit impossible, soit plus difficile que celui des produits nationaux.

3. Mesures s'appliquant uniquement aux produits nationaux

Quoique la Cour de justice ne se soit pas prononcée jusqu'à présent sur la compatibilité avec l'article 30 de mesures applicables aux seuls produits nationaux, on ne saurait exclure *a priori* la possibilité qu'un système de contrôle des prix applicable aux seuls produits nationaux puisse avoir des effets restrictifs, dans la mesure où, en maintenant les prix de ces produits à un niveau artificiellement bas, il aboutit en fait à rendre la vente des produits importés moins profitable que celle des produits nationaux (1903).

IV. CONCLUSION

La démarche de la Cour lors de l'examen de la compatibilité des réglementations nationales avec le Traité est pragmatique. Reconnaissant que ces mesures poursuivent généralement un objectif de politique économique — matière non encore « communautarisée » — elle refuse de les considérer comme interdites de façon générale par l'article 30. Mais lorsqu'un système de contrôle des prix apparaît de nature à favoriser la production nationale en rendant l'écoulement des produits importés inintéressant ou moins profitable pour les opérateurs que l'écoulement des produits nationaux, elle n'hésite pas à intervenir pour assurer la prééminence des règles sur la libre circulation des marchandises.

(1902) Précité.

(1903) E.M. Freeman, « The Division of Powers Between the European Communities and the Member States », *Current Legal Problems*, 1970, p. 159, 166.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La structure de la mesure nationale — s'applique-t-elle aux seuls produits nationaux, aux seuls produits importés, ou indistinctement à tous les produits ?

- de même que son contenu fixe-t-elle un prix maximum, une marge commerciale maximale ou minimale, un délai d'attente ?
- et son environnement économique,
- quels sont les niveaux des prix dans les autres États membres ?
- jouent à l'occasion de cet examen un rôle primordial.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
2. - Réglementations nationales des prix et droit communautaire
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

3. *Les aides des États*

Si la jurisprudence de la Cour de justice concernant les aides accordées par les États ne m'a généralement pas paru problématique dans son principe, elle m'a parfois paru faire peu de cas de certains des arguments que les entreprises bénéficiaires d'aides condamnées par la Commission, ainsi que les États qui les leur avaient accordées, invoquent pour éviter leur remboursement.

« Conséquences en droit interne d'une violation des règles communautaires en matière d'aides d'État – Évolution récente »,
Hommage à Jacques Heenen,
Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 571-583.

Il nous a paru convenable de consacrer ces quelques pages dédiées au grand commercialiste qu'est notre éminent collègue le Professeur Jacques Heenen à l'étude d'un problème situé à l'intersection du droit communautaire de la concurrence et du droit interne. Il se fait en effet que, depuis plusieurs années, la Cour de Justice des Communautés européennes donne aux dispositions du Traité de Rome en matière de contrôle des aides d'État une interprétation qui l'amène de plus en plus fréquemment à se prononcer sur la compatibilité avec le droit communautaire de règles contenues dans les droits des États Membres. Cette situation est le résultat d'une évolution jurisprudentielle qui concerne tant l'interprétation de la *notion d'aide d'État* que des *procédures de contrôle de leur compatibilité* avec les objectifs du Traité. Nous nous proposons de retracer brièvement cette évolution avant d'examiner la mesure dans laquelle la Cour admet que l'application de règles de droit interne puisse faire échec à la pleine efficacité des décisions de la Communauté en matière d'aides d'État.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Les aides des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

I. — LA NOTION D'AIDE D'ÉTAT

A. — Le caractère « étatique » de l'aide

L'article 92 du Traité déclare « incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États Membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. »

Dans sa jurisprudence, la Cour n'a pas fait de distinction nette entre les aides accordées « par l'État » et celles accordées « au moyen de ressources d'État » ; elle se réfère, de manière générale, à la notion d'« aide étatique ». Ce qui compte, pour elle, c'est qu'il s'agisse d'un « comportement imputable à l'État » (1904), entraînant un « transfert direct ou indirect de ressources d'État » à une entreprise (1905). Le mot « État » comprend tout organisme public, ou même privé, institué ou désigné par l'État en vue de gérer l'aide (1906).

C'est ainsi que la Cour a considéré comme une aide une allocation accordée par un établissement public français dont le financement était assuré par prélèvement sur ses excédents de gestion (1907). De même, les tarifs avantageux auxquels la société Gasunie vendait le gaz naturel aux horticulteurs néerlandais constituaient une aide étatique. En effet, 50 % du capital de la Gasunie était détenu directement ou indirectement par l'État néerlandais, lequel en influençait les décisions commerciales, même s'il ne la contrôlait pas au sens strict ; les tarifs peu élevés dont bénéficiaient les horticulteurs impliquaient donc une renonciation délibérée par l'État à certaines recettes et conféraient aux horticulteurs un avantage financier (1908). La Commission considère même que les activités de reconversion de groupes industriels publics tels que Sacilor, Usinor, Charbonnages de France, Électricité de France, Elf-Aquitaine, Thomson, Pechiney, Rhône-Poulenc, etc., peuvent être constitutives d'aides visées par l'article 92 du Traité (1909). Le fait que l'organisme qui

(1904) C.J., arrêt du 21 mars 1991, aff. C-303/88, *Italie/Commission (ENI-Lanerossi)*, *Rec.*, 1991, page I-1433, attendu 11.

(1905) C.J., arrêt du 30 novembre 1993, aff. C-189/91, *Kirsammer-Hack*, *Rec.*, 1993, p. I-6185, attendus 16-17.

(1906) C.J., 22 mars 1977, aff. 78/76, *Steinike & Weinlig*, *Rec.*, 1977, page 595, attendu 21.

(1907) C.J., 30 janvier 1985, aff. 290/83, *Commission/France (Caisse Nationale de Crédit Agricole)*, *Rec.*, 1985, page 439, attendus 14 et 15.

(1908) Commission, décision du 15 décembre 1981, « Tarif préférentiel du gaz naturel à l'égard des horticulteurs néerlandais », *J.O.C.E.*, n° L 37 du 10 février 1982, pages 29, 33 et 34 ; C.J. arrêt du 2 février 1988, aff. jointes 67, 68 et 70/85, *Van der Kooy*, *Rec.*, 1988, page 219, attendu 35.

(1909) Commission, décision du 27 novembre 1991, *J.O.C.E.*, n° L 138 du 21 mai 1992, page 24.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Les aides des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

octroie l'aide soit tenu d'opérer selon des critères économiques n'exclut pas nécessairement qu'il s'agisse d'une aide (1910).

B. — Forme de l'aide

Ainsi qu'il résulte du texte de l'article 92 du Traité (1911), l'aide peut prendre des formes variées. La notion est en effet vaste puisqu'elle vise à permettre à la Commission de contrôler la compatibilité avec le marché commun de toutes les interventions financières publiques de nature à fausser ou à menacer de fausser la concurrence. Ainsi, constitue une aide tout avantage, même non gratuit, conféré par l'autorité publique (1912).

L'article 92 peut s'appliquer à la prise de participation par l'État ou par un organisme public dans une entreprise, qu'elle soit publique ou privée. Il en est notamment ainsi lorsque la prise de participation intervient dans des circonstances qui ne seraient pas acceptables pour un investisseur privé opérant dans les conditions normales d'une économie de marché. Cette interprétation, annoncée dès le début des années 1980 par la Commission (1913), a été approuvée par la Cour de justice. Celle-ci a affirmé, dans son arrêt *Intermills*, qu'une distinction de principe ne saurait être établie selon qu'une aide est accordée sous forme de prêt ou sous forme de participation au capital d'entreprises (1914). Elle a ajouté, dans son arrêt *Meura*, qu'en vue de vérifier si une prise de participation publique au capital d'une entreprise présente le caractère d'une aide étatique, il convient d'examiner les possibilités pour l'entreprise d'obtenir les sommes en cause sur les marchés privés des capitaux. À cet égard, il faut vérifier plus particulièrement « si, dans des circonstances similaires, un associé privé se basant sur les possibilités de rentabilité prévisibles, abstraction faite de toute considération de caractère social ou de politique régionale ou sectorielle, aurait procédé à un tel apport de capital » (1915). Dans les arrêts *ENI-Lanerossi* et *Alfa Romeo*, la Cour a ajouté une précision supplémentaire : la qualification d'un investissement public en tant qu'aide doit se faire en fonction du comportement

(1910) C.J., arrêt du 21 mars 1991, aff. C-305/89, *Italie/Commission (Alfa Romeo)*, *Rec.*, 1991, page I-1603, attendu 14.

(1911) « Les aides accordées... sous quelque forme que ce soit... ».

(1912) C.J., arrêt du 2 juillet 1974, aff. 173/73, *Italie/Commission*, *Rec.*, 1974, page 709, attendus 26 et 27 ; 27 mars 1980, aff. 61/70, *Denkavit*, *Rec.*, 1980, page 1205, attendu 31 ; conclusions de l'Avocat général Lenz, aff. 234/84, *Belgique/Commission*, *Rec.*, 1986, page 2269 ; conclusions de l'avocat général Slynn, aff. 84/82, *République Fédérale d'Allemagne/Commission*, *Rec.*, 1984, page 1501.

(1913) Voyez notamment la prise de position publiée au *Bulletin des Communautés européennes* n° 9/84 ; voyez aussi la communication concernant les aides aux entreprises publiques du secteur manufacturier, *J.O.C.E.*, n° C-307 du 13 novembre 1993, page 3.

(1914) C.J., arrêt du 14 novembre 1984, aff. 323/82, *Intermills*, *Rec.*, 1984, page 1809, attendu 31 ; *Cahiers de droit européen*, 1986, page 161, note M. Dony.

(1915) C.J., arrêt du 10 juillet 1986, aff. 234/84, *Meura*, *Rec.*, 1986, page 2263, attendu 14.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Les aides des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

qu'aurait un investisseur privé d'une taille comparable à celle des organismes gérant le secteur public. En effet, le comportement d'un tel investisseur n'est pas nécessairement celui de l'investisseur ordinaire plaçant des capitaux en vue de leur rentabilisation à plus ou moins court terme, mais il peut être influencé par d'autres préoccupations comme le souci de maintenir l'image de marque du groupe ou de réorienter ses activités. Néanmoins, lorsque les apports de capitaux de l'investisseur public font abstraction de toute perspective de rentabilité, même à long terme, ils doivent être considérés comme des aides (1916).

II. — LE CONTRÔLE DE LA COMPATIBILITÉ DES AIDES D'ÉTAT

A. — Absence d'effet direct de l'incompatibilité en tant que telle

L'article 92 n'énonce aucune interdiction *a priori* des aides : il se borne à les déclarer incompatibles avec le marché commun. Cette incompatibilité n'est ni absolue, ni inconditionnelle, l'article 92, paragraphe 3, et l'article 93, paragraphe 2, reconnaissant à la Commission et au Conseil un pouvoir étendu en vue d'admettre la légalité de certaines aides (1917). La reconnaissance de l'incompatibilité éventuelle d'une aide avec le marché commun n'est pas automatique mais suppose la mise en œuvre d'une procédure dont l'initiative appartient à la Commission. Les particuliers ne sauraient donc, en invoquant le seul article 92, contester la compatibilité d'une aide avec le droit communautaire devant les juridictions nationales, ni demander à celles-ci de se prononcer, à titre principal ou incident, sur une incompatibilité éventuelle (1918).

B. — Effet direct de l'obligation de notifier tout projet d'aide

L'absence d'effet direct de l'article 92 aurait pu contribuer à réduire dans une manière importante l'efficacité du régime de contrôle des aides mis en place par le Traité. Toutefois, la Cour a pallié cette faiblesse en reconnaissant un effet direct à l'obligation que l'article 93, paragraphe 3, impose aux États Membres de notifier à la Commission tout projet d'aide avant de le mettre à exécution (1919).

(1916) Arrêt *ENI-Lanerossi* précité, attendus 21 et 22 ; arrêt *Alfa Romeo* précité, attendus 19 à 21.

(1917) Arrêt *Steinike & Weinlig* précité, attendu 8.

(1918) Même arrêt, attendus 9 et 10.

(1919) Voyez déjà C.J. arrêt du 15 juillet 1964, aff. 6/64, *Costa/Enel*, *Rec.*, 1964, pages 1141, 1161 ; 11 décembre 1973, aff. 120/73, *Lorenz*, *Rec.*, 1973, page 1471 ; aff. 121/73, *Markmann*, *ibid*, page 1945 ; aff. 122/73, *Nordsee*, *ibid.*, page 1511 ; aff. 141/73, *Lohrey*, *ibid.*, page 1527.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Les aides des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Il s'ensuit que les particuliers peuvent invoquer, devant les tribunaux nationaux, l'illégalité d'une aide étatique mise à exécution en violation de l'obligation de suspension résultant de l'article 93, paragraphe 3. La validité de tout acte d'exécution est affectée par une telle méconnaissance. Les juridictions nationales doivent garantir aux justiciables qui sont en mesure de se prévaloir de la méconnaissance que toutes les conséquences en seront tirées, conformément à leur droit national (1920). Dès lors, les concurrents de l'entreprise bénéficiaire d'aides illégales peuvent s'adresser aux tribunaux nationaux en vue de faire constater cette illégalité et d'obtenir qu'il y soit mis fin (1921). Les particuliers peuvent aussi exiger d'être indemnisés par les pouvoirs publics du dommage qu'ils subissent en raison de l'atteinte illicite portée à leur situation concurrentielle (1922). Ils peuvent de même demander que leur soient remboursées les taxes qu'ils auraient dû payer au cas où celles-ci feraient partie intégrante d'un système destiné à financer une aide non notifiée (1923).

D'autres hypothèses peuvent se présenter. Ainsi, le Juge de paix de Wavre a été amené, dans le cadre d'une procédure d'expropriation, à vérifier si la création d'un parc industriel était en contradiction avec une décision de la Commission relative à la compatibilité avec le marché commun d'un régime d'aides régionales applicable en Belgique (1924). Le Tribunal de commerce de Bruxelles, de son côté, a considéré qu'il devait connaître l'avis de la Commission sur le plan de sauvetage d'une entreprise avant toute homologation du concordat (1925).

C. — L'obligation de récupération des aides illégales

Toute aide accordée en violation de l'obligation de suspension prévue par l'article 93, paragraphe 3, constituant une aide illégale au regard du Traité, la Commission est compétente non seulement pour ordonner sa suppression ou sa modification pour l'avenir mais aussi pour obliger l'État membre à ordonner sa récupération auprès de l'entreprise bénéficiaire (1926). Depuis une dizaine d'années, la Commission fait systéma-

(1920) C.J., arrêt du 21 novembre 1991, aff. C-354/90, *Fenacomex*, *Rec.*, 1991, page I-5523, attendu 12.

(1921) Voyez l'affaire *Regina v. Attorney General*, *ex parte Imperial Chemical Industries plc*, 24 février 1986 (Court of Appeal), [1986] F.T.L.R., page 569 : la société I.C.I. alléguait l'illégalité d'une disposition du Finance Act de 1982 qui favorisait ses concurrents moyennant une aide non notifiée conformément à l'article 93, paragraphe 3.

(1922) M. Dony, « La responsabilité des pouvoirs publics en cas d'intervention dans une entreprise en difficulté », *J.T.*, 1990, page 669, 671.

(1923) Conclusions de l'Avocat général Jacobs dans l'affaire *Fenacomex* précitée, n° 27.

(1924) J.P. Wavre, 17 octobre 1974, *J.T.*, 1975, page 351.

(1925) Comm. Bruxelles, 3 décembre 1981, *Faillite Butch*, *Rev. Prat. Soc.*, 1982, n° 6170 ; voyez aussi M. Dony, article cité, *J.T.*, 1990, page 672.

(1926) Voyez déjà C.J., arrêt du 12 juillet 1973, aff. 70/72, *République Fédérale d'Allemagne/Commission*, *Rec.*, 1973, page 813, attendu 13.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Les aides des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tiquement usage de ce pouvoir (1927). Afin d'éviter que les intéressés puissent invoquer le principe de la sécurité juridique pour faire échec à la demande de remboursement, elle rappelle, lors de la publication au *Journal Officiel* de l'avis annonçant l'engagement de la procédure, que le bénéficiaire peut être amené à devoir restituer toute aide qu'il reçoit avant que la procédure ait abouti.

En 1986, la Commission a durci sa position. Alors que, précédemment, elle acceptait d'examiner la compatibilité avec le marché commun d'aides notifiées tardivement, et n'ordonnait la récupération que lorsque cet examen aboutissait à une conclusion négative, elle annonça que, dorénavant, elle exigerait systématiquement le remboursement des aides illicites, même lorsque l'illégalité résultait uniquement de raisons de procédure (1928).

Cette thèse n'a pas été acceptée par la Cour. C'est à la décision de la Commission constatant l'incompatibilité de l'aide avec le marché commun, et non au seul non-respect de l'obligation de suspension résultant de l'article 93, paragraphe 3, que la Cour rattache l'obligation de récupération (1929). En l'absence d'une décision de la Commission procédant à l'examen de la compatibilité de l'aide avec le marché commun en vertu de l'article 93, paragraphe 2, la récupération ne saurait être ordonnée par elle (1930).

Il s'ensuit que la situation des aides *illégales*, c.à.d. celles qui ont été accordées sans que la procédure de l'article 93, paragraphe 3, ait été respectée, se distingue de celle des aides *incompatibles*, c.à.d. celles dont la Commission a ordonné la suppression en vertu d'une décision adoptée au titre de l'article 93, paragraphe 2. Ce n'est qu'à l'égard de ces dernières que la Commission peut adresser à l'État membre un ordre de récupération. Les premières n'en doivent pas moins être considérées comme illégales par les juridictions nationales, lesquelles doivent veiller à ce que « tout type d'action prévu par le droit national puisse être utilisé pour assurer le respect des règles communautaires » (1931) en assurant leur élimination. Il n'est pas exclu qu'une aide illégale soit par la suite déclarée compatible avec le marché commun si, au terme de l'examen qu'elle entreprend au titre de l'article 93, paragraphe 2, la Commission aboutit à la conclusion qu'elle remplit les conditions du paragraphe 2 ou du paragraphe 3 de l'article 92. Toutefois, une telle décision n'a pas pour

(1927) Voyez communication publiée au *J.O.C.E.*, n° C-118 du 24 novembre 1983, page 3.

(1928) *Quinzième rapport sur la politique de concurrence*, 1985, n° 171 ; *seizième rapport sur la politique de concurrence*, n° 203.

(1929) Arrêt précité du 12 juillet 1973, attendu 13.

(1930) C.J., arrêt du 14 février 1990, aff. C-301/87, *France/Commission (Boussac Saint-Frères)*, *Rec.*, 1990, page I-351, attendu 11 ; arrêt du 21 mars 1990, aff. C-42, *Belgique/Commission (Tubemeuse)*, *Rec.*, 1990, page I-1005, attendu 14.

(1931) C.J., arrêt du 7 juillet 1981, aff. 158/80, *Rewe*, *Rec.*, 1981, page 1805, attendu 44.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Les aides des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

conséquence de régulariser, *a posteriori*, les actes d'exécution intervenus antérieurement ; ces actes étaient et demeurent invalides du fait qu'ils ont été pris en méconnaissance de l'interdiction visée à l'article 93, paragraphe 3 (1932).

III. — OBSTACLES DE DROIT INTERNE À LA RÉCUPÉRATION D'AIDES ILLÉGALES

A. — Applicabilité des règles de procédure nationale

L'exécution pratique des ordres de récupération adressés par la Commission aux États membres a soulevé un certain nombre de problèmes pratiques. Le premier consiste à identifier les règles de droit applicables à la procédure de récupération.

La réponse, sur ce point, est claire : la récupération est régie par les règles de procédure internes (1933). Toutefois — et c'est là que des difficultés d'application risquent de surgir — il résulte de la jurisprudence de la Cour que l'application de règles internes à l'exercice d'un droit engendré par une norme communautaire ne saurait aboutir à rendre pratiquement impossible l'exercice de ce droit (1934). Or, la Cour admet que l'État poursuivi pour n'avoir pas exécuté une décision ordonnant la suppression d'une aide puisse exciper d'une impossibilité absolue d'exécuter cette décision (1935).

Ainsi que nous le montrerons ci-après, il est arrivé dans plusieurs cas que des États membres, auxquels la Commission avait ordonné d'obtenir le remboursement d'aides illicites, ont fait valoir que ce remboursement était matériellement impossible en raison des dispositions de leur droit interne. Ces arguments ont, chaque fois, été rejetés par la Cour.

B. — La protection de la confiance légitime

Dans plusieurs affaires, l'État membre faisait valoir que l'obligation d'obtenir le remboursement de l'aide porterait atteinte à la confiance légitime de l'entreprise bénéficiaire, laquelle avait engagé d'importants investissements grâce à l'aide reçue (1936). La Cour distingue à cet égard

(1932) Arrêt du 21 novembre 1991, précité, attendu 16.

(1933) Voyez notamment C.J., arrêt du 5 mars 1980, aff. 265/78, *Ferwerda*, *Rec.*, 1980, page 617, attendu 21.

(1934) C.J., arrêt du 9 novembre 1983, aff. 199/82, *San Giorgio*, *Rec.*, 1983, page 3595.

(1935) C.J., arrêt du 15 janvier 1986, aff. 52/84, *Commission/Belgique*, *Rec.*, 1986, page 100, attendu 16 ; arrêt du 2 février 1988, aff. 213/85, *Commission/Pays-Bas*, *Rec.*, 1988, page 281, attendus 12 à 14.

(1936) Voyez notamment C.J., arrêt du 2 février 1989, aff. 94/87, *Commission/République Fédérale d'Allemagne*, *Rec.*, 1989, page 189 ; arrêt du 20 septembre 1990, aff. C-5/89, *Commis-*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Les aides des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

la situation de l'entreprise bénéficiaire de celle de l'État qui a accordé l'aide.

En ce qui concerne l'entreprise bénéficiaire, elle ne saurait, selon la Cour, avoir une confiance légitime en la régularité de l'aide que si celle-ci a été accordée dans le respect de la procédure prévue par l'article 93 du Traité. Lorsque la Commission, par communication publiée au *Journal officiel des communautés européennes*, informé les bénéficiaires potentiels du caractère précaire des aides qui leur seraient octroyées illégalement, ces bénéficiaires ne sauraient normalement invoquer la nécessité de protéger une quelconque confiance légitime. La Cour admet, cependant, la possibilité pour le bénéficiaire d'une aide illégale d'invoquer des circonstances exceptionnelles qui ont légitimement pu fonder sa confiance dans le caractère régulier de l'aide et de s'opposer, par conséquent, à son remboursement. Toutefois, il s'agit-là d'une question à apprécier par le juge national, le cas échéant après avoir posé à la Cour une question préjudicielle d'interprétation (1937).

La situation de l'État Membre est différente. Celui-ci ne saurait en effet invoquer la confiance légitime des bénéficiaires pour se soustraire à l'obligation de prendre les mesures nécessaires en vue de l'exécution d'une décision de la Commission lui ordonnant de récupérer l'aide. Admettre une telle possibilité reviendrait, en effet, à priver les dispositions des articles 92 et 93 du Traité de tout effet utile, dans la mesure où les autorités nationales pourraient ainsi se fonder sur leur propre comportement illégal pour mettre en échec l'efficacité des décisions prises par la Commission (1938).

En conclusion, si toute possibilité d'invoquer le respect de la confiance légitime n'est pas exclue, cette possibilité n'est ouverte qu'à l'entreprise bénéficiaire de l'aide. Celle-ci peut la faire valoir soit directement devant la Cour à l'encontre de la décision ordonnant la récupération de l'aide (1939), soit devant les juridictions nationales en réponse à l'action en récupération que l'État peut être amené à intenter contre elle. L'État membre, en revanche, ne peut exciper d'une éventuelle confiance légitime de l'entreprise pour s'abstenir de donner exécuter à une décision ordonnant la récupération de l'aide : il est tenu de faire tout ce qui est en son pouvoir afin d'obtenir ladite récupération devant ses juridictions. Il appartiendra alors à celles-ci — le cas échéant après avoir interrogé la Cour de justice en application de l'article 177 du Traité — d'apprécier si l'argument invoqué par l'entreprise est fondé.

---

sion/République Fédérale d'Allemagne, *Rec.*, 1990, page I-3437. Voyez aussi l'arrêt du 24 février 1987, aff. 310/85, *Deufil*, *Rec.*, 1987, page 921.

(1937) Arrêt précité du 20 septembre 1990, attendus 14 à 16.

(1938) Même arrêt, attendu 17.

(1939) C.J., arrêt du 24 novembre 1987, aff. 223/85, *R.S.V.*, *Rec.*, 1987, page 4617.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Les aides des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

C. — L'écoulement du délai prévu pour le retrait d'un acte administratif

À deux reprises, le gouvernement de la République Fédérale d'Allemagne a fait valoir devant la Cour qu'il lui était matériellement impossible d'obtenir le remboursement d'une aide accordée illégalement, du fait que le délai prévu par les règles de procédure applicables pour le retrait d'un acte administratif illégal avait expiré (1940).

La Cour a rejeté cet argument pour des raisons qui ne sont pas toutes également convaincantes.

En effet, dans la mesure où elle se limite à réaffirmer sa jurisprudence selon laquelle les règles de procédure nationales doivent être appliquées de manière à ne pas rendre pratiquement impossible la récupération exigée par le droit communautaire (1941), elle n'explique pas comment cette affirmation se concilie avec la reconnaissance de ce qu'une impossibilité absolue d'exécution peut constituer un motif valable permettant à l'État de ne pas donner suite à la décision de la Commission. Pourquoi, lorsque la récupération de l'aide ne peut être obtenue pour des raisons de procédure nationale, ne peut-on considérer qu'il s'agit d'une impossibilité absolue d'exécution ?

Pour le même motif, l'argument selon lequel un État membre ne saurait exciper de dispositions de son ordre juridique interne pour se soustraire à l'exécution des obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire (1942) ne saurait convaincre. En effet, dans la mesure où la Cour admet que la récupération est subordonnée aux règles de procédure interne, on ne voit pas pourquoi ces règles cesseraient de s'appliquer lorsqu'elles ont pour effet de rendre la récupération impossible.

Plus valable, en revanche, paraît l'argument selon lequel l'État membre n'avait entrepris aucune démarche quelle qu'elle soit en vue d'obtenir le remboursement de l'aide (1943). Il est clair, en effet, qu'un État membre ne saurait présumer à l'avance de l'attitude qu'adopteront ses tribunaux pour s'abstenir de prendre la moindre mesure pour obtenir la récupération. L'obligation de coopération loyale que lui impose l'article 5, alinéa 2, du Traité l'oblige à faire dans ce but tout ce qui est en son pouvoir. Toutefois, si ses efforts sont vains, il devrait, nous semble-t-il, avoir la possibilité de faire valoir qu'il se trouve dans l'impossibilité matérielle de donner suite à l'injonction. L'affirmation de la Cour, selon

(1940) Voyez les affaires ayant donné lieu aux arrêts du 2 février 1989 et du 20 septembre 1990 précités.

(1941) Arrêt du 2 février 1989, attendu 12 ; arrêt du 20 septembre 1990, attendu 19.

(1942) Arrêt du 20 septembre 1990, attendu 18.

(1943) Arrêt du 2 février 1989, attendus 10 et 11 ; arrêt du 20 septembre 1990, attendu 17.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Les aides des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

laquelle des arguments de droit interne ne sauraient *en aucun cas* être opposés à la demande de récupération, paraît trop absolue.

D. — Le principe de l'intangibilité du capital social

Il a été soutenu par l'État belge, à l'occasion de deux affaires, que lorsque l'aide prend la forme d'une prise de participation au capital d'une entreprise, l'obligation de procéder à sa suppression par voie de remboursement au souscripteur de la participation en cause peut porter atteinte au principe du droit des sociétés interdisant de procéder à des distributions aux actionnaires qui auraient pour effet de réduire l'actif net à un montant inférieur au capital souscrit (1944).

La Cour a considéré que cet argument n'établissait pas l'existence d'une impossibilité matérielle d'exécuter la décision de récupération : en effet, il était loisible aux autorités belges, en leur qualité d'actionnaires ou de créanciers de la société, de provoquer la liquidation de celle-ci, ce qui aurait abouti à l'objectif voulu par la Commission (1945).

Ici à nouveau, on constate que la Cour n'admet pas qu'un État membre plaide que des difficultés éventuelles qu'il pourrait rencontrer au cas où il tenterait de mettre en œuvre la décision de la Commission puissent constituer un motif valable pour refuser d'essayer d'obtenir l'exécution de celle-ci auprès de ses tribunaux. Ce n'est que si l'État a, de bonne foi, entrepris les efforts nécessaires en introduisant judiciairement la demande de récupération qu'il pourra invoquer cette cause de justification si son action est rejetée sans que cela soit imputable à une négligence de sa part.

E. — Conclusion

En conclusion, nous sommes d'avis que, nonobstant les termes parfois trop catégoriques par lesquels la Cour a rejeté les arguments de droit interne invoqués par les États membres pour ne pas donner suite aux ordres de récupération qui leur sont adressés par la Commission, il ne devrait pas leur être interdit, s'ils ont pris de bonne foi toutes les mesures requises à cette fin sans aboutir à un résultat satisfaisant sous l'angle du droit communautaire, de faire valoir qu'ils se trouvaient confrontés à une impossibilité matérielle d'exécution. La vraie portée de la jurisprudence

(1944) Articles 15 et suivants et 32 et suivants de la deuxième directive du Conseil du 13 décembre 1976 relative à la coordination des législations nationales relatives à la constitution, au maintien et aux modifications du capital des sociétés anonymes, *J.O.C.E.*, 1977, n° L 26, page 1. C.J., 15 janvier 1986, aff. 52/84, *Commission/Belgique*, *Rec.*, 1986, page 89 ; 9 avril 1987, aff. 5/86, *Commission/Belgique*, *Rec.*, 1987, page 1773.

(1945) Arrêt du 15 janvier 1986, attendu 14.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Les aides des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de la Cour n'est pas de les priver de cette possibilité, mais vise seulement à éviter qu'ils n'invoquent de simples difficultés d'exécution non encore vérifiées pour se dispenser de toute mesure tendant à essayer d'obtenir le remboursement devant leurs tribunaux.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
3. - Les aides des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

4. *Autres interventions des États*

Les règles que le traité met à la disposition des institutions communautaires pour leur permettre de veiller au maintien d'une concurrence non faussée diffèrent selon que l'atteinte à la concurrence émane d'entreprises ou des pouvoirs publics. Cette dichotomie m'a toujours paru problématique, tant l'imbrication des secteurs public et privé dans l'économie contemporaine est étroite. J'avais pu constater, par ma participation aux côtés de mon confrère Louis Van Bunnen à la procédure dans l'affaire *GB-Inno-BM c/ ATAB*, la facilité avec laquelle le lobby des grossistes et détaillants en cigarettes, dont l'entente de prix imposés risquait de périr sous les coups de boutoir assénés par la grande distribution, avait obtenu du législateur belge le vote d'une loi rendant obligatoire la vente de cigarettes au prix indiqué sur la bandelette fiscale c'est-à-dire, en fait, au prix fixé par le fabriquant (puisque c'est lui qui choisit la bandelette fiscale qu'il souhaite apposer aux cigarettes qu'il produit) (cfr. *infra*).

« La Constitution européenne et les interventions des Etats membres en matière économique »,
In Orde. Liber Amicorum Pieter VerLoren van Themaat, Deventer, Kluwer,
1982, pp. 331-338.

INTRODUCTION

1. Depuis longtemps déjà, on a relevé la tension qui paraît exister entre la philosophie néo-libérale dont semblent s'être inspirés les auteurs du traité C.E.E. et les tendances dirigistes qui se font jour, dans une mesure plus ou moins accentuée, dans les États membres. La question connaît aujourd'hui un regain d'actualité. D'une part, la crise économique persistante dans laquelle se trouvent plongées les économies occidentales incite les gouvernements à recourir davantage qu'ils ne le faisaient dans le passé à des mesures d'intervention en vue de sauvegarder l'emploi

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

et de relancer l'activité économique. Un nombre croissant de groupes acquiert ainsi un intérêt au maintien et à l'extension de ces mesures nationales et considère toute intervention de l'extérieur comme une menace à ces intérêts. En outre, l'érosion inévitable des enthousiasmes d'antan aboutit à une remise en cause par la nouvelle génération d'idées qui étaient considérées comme des axiomes par les fondateurs de l'intégration européenne, telles que les bienfaits de la croissance économique et la nécessité d'élargir les marchés afin de permettre cette croissance. Enfin, l'avènement d'un gouvernement socialiste en France et l'important programme de nationalisations dans lequel il s'embarque ne feront que rendre plus aiguë la tension entre les règles de libre circulation du traité et les moyens et objectifs des politiques nationales.

2. Connaissant l'intérêt actif que notre jubilaire a toujours porté à ce problème (1946), nous avons pensé qu'il convenait de lui dédier quelques-unes des réflexions que nous avons été amené à consacrer à ce thème. Ces réflexions se fondent non seulement sur l'étude de la doctrine et de la jurisprudence communautaires mais aussi sur certaines expériences que nous avons pu faire dans notre activité professionnelle.

L'objet principal de notre examen sera de déterminer dans quelle mesure les règles du traité relatives au maintien d'un système de concurrence non faussée imposent des limitations aux pouvoirs d'intervention des États membres en matière de politique économique. Nous serons amené tout naturellement à examiner successivement à cette occasion le régime des entreprises publiques et celui des entreprises privées.

I. LE RÉGIME DES ENTREPRISES PUBLIQUES

3. L'article 222 prévoit que le traité n'affecte en rien le régime de la propriété dans les États membres. Il en résulte que le traité s'accommode de l'existence des entreprises publiques et qu'il n'interdit pas d'en créer de nouvelles. (1947) La même conclusion résulte de l'article 90, qui se borne à interdire aux États membres adoption, en ce qui concerne leurs entreprises publiques, de mesures contraires aux règles du traité.

Aucune disposition n'interdit non plus d'accorder le monopole de certaines activités à une entreprise publique ou d'étendre le champ d'application des droits exclusifs ainsi concédés. (1948)

(1946) Voy. P. VerLoren van Themaat, « Les instruments juridiques de la planification néerlandaise et communautaire », extrait de Kaiser, Planung IV, Baden-Baden, 1970, p. 75 ; « Competition and Planning in the E.E.C. and the Member States », Common Market Law Review, 1970, p. 311.

(1947) Voy. L'entreprise publique et la concurrence, Bruges, 1969, et particulièrement les intéressants rapports des professeurs A. Deringer et L. Ferrari-Bravo.

(1948) C.J. 15 juillet 1964, aff. 6/64, *Costa c/ E.N.E.L.*, *Rec.*, X, p. 1141, 1163 ; 30 avril 1974, aff. 155/73, *Sacchi*, *Rec.*, 1974, p. 409, 430 ; 9 juin 1977, aff. 90/76, *Ufficio van Ameyde*, *Rec.*, 1977,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Toutefois, lorsque le droit exclusif se rapporte à l'importation ou à l'exportation, son maintien dans les relations intra-communautaires se heurte à l'interprétation donnée par la Cour à l'article 37 par l'arrêt *Manghera*. (1949) On sait en effet que cet arrêt a tranché dans un sens affirmatif la question délicate et longuement controversée de savoir si l'« aménagement » des monopoles nationaux à caractère commercial prescrit par l'article 37 implique la suppression du droit exclusif de ces monopoles. (1950)

4. En ce qui concerne les entreprises publiques, la situation est donc assez claire. En principe, elles sont soumises aux règles du traité. Afin d'assurer que les États membres n'abusent pas des relations privilégiées qu'ils entretiennent avec elles afin de fausser la concurrence en leur faveur, l'article 90 paragraphe 3 habilite la Commission à prendre toutes directives et décisions appropriées. (1951) Seule exception : la possibilité pour les États membres de faire bénéficier leurs entreprises publiques de certains droits exclusifs. Encore ceux-ci ne peuvent-ils pas porter sur l'importation et l'exportation.

Dans l'ensemble, la construction est cohérente, même si elle aboutit à tolérer l'existence de certaines distorsions de concurrence, dans la mesure où des entreprises nationales peuvent se voir accorder le monopole de la fabrication de certains produits ou de la distribution de certains services, excluant du même coup toute possibilité pour les entreprises des autres États membres de pénétrer dans les secteurs ainsi réservés. (1952)

II. LE RÉGIME DES ENTREPRISES PRIVÉES

5. De façon assez étonnante, l'obligation des États membres d'assurer la neutralité concurrentielle dans leurs relations avec les entreprises privées apparaît beaucoup moins clairement définie.

D'une part, les articles 85 et 86 ne s'adressent pas aux États membres. Tout en imposant d'importantes responsabilités aux entreprises pour

---

p. 1091, 1124.

(1949) C.J. 3 février 1976, aff. 59/75, *Manghera*, *Rec.*, 1976, p. 91, 101.

(1950) Voy. sur la controverse : Wohlfarth-Everling-Glaesner-Sprung, *Die E.W.G.*, *Kommentar zum Vertrag*, Berlin, 1960, article 37, note 4 ; C.A. Colliard, « L'obscure clarté de l'article 37 du traité de la Communauté Économique Européenne », Dalloz, 1964, Chronique, p. 263 ; A. Pappalardo, in : *Quadri-Monaco-Trabucchi*, *Commentario C.E.E.*, Milan, 1965, Tome II, p. 220-223 ; H. Würdinger, « Probleme der Auslegung des Artikels 37 E.W.G.-Vertrag betreffend die Handelsmonopole », Wirtschaft und Wettbewerb, 1965, p. 265 ; Megret-Louis-Vignes-Waelbroeck, *Le droit de la Communauté Économique Européenne*, Vol. I, Bruxelles, 1970, p. 128 et suiv.

(1951) C'est sur base de cette disposition que fut adoptée la Directive de la Commission du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, *J.O.C.E.*, n° L 195 du 29 juillet 1980, p. 35.

(1952) Voy. en ce sens les arrêts *Costa c/ E.N.E.L.* et *Sacchi* précités.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

le maintien d'un régime de concurrence, ils n'imposent aucune obligation correspondante aux États membres. Les restrictions de concurrence imposées par l'autorité échappent à leur application. (1953)

Par ailleurs, le champ d'application des articles 92 à 94 se limite aux aides des États et ne comprend pas les autres mesures publiques susceptibles de fausser la concurrence. Celles-ci sont soumises aux seules procédures des articles 100 à 102 relatifs au rapprochement des législation, dont la lourdeur exclut toute possibilité d'utilisation efficace.

6. Le caractère insuffisant de ces dispositions a incité les plaideurs à chercher appui dans d'autres dispositions du traité. Ainsi, fondant leurs espoirs sur les arrêts *Continental Can* (1954) et *Deutsche Grammophon* (1955), dans lesquels la Cour paraissait avoir reconnu une force obligatoire autonome aux objectifs énoncés à l'article 3 du traité (1956), ils ont soutenu la thèse selon laquelle, en imposant aux États membres de s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs du traité, l'article 5, alinéa 2, oblige les tribunaux nationaux à refuser d'appliquer une disposition nationale susceptible de fausser le jeu de la concurrence dans le marché commun. (1957)

Toutefois, ces tentatives se heurtèrent à l'objection que le caractère vague et imprécis de l'obligation résultant de l'article 5, alinéa 2, exclut la possibilité d'une application directe et autonome par les juridictions nationales. Elles demeurèrent sans suite. (1958)

7. Une autre tentative de limiter la possibilité pour les États membres de porter préjudice au régime de la concurrence non-faussée fut faite dans l'affaire *GB-Inno-BM*. (1959) En l'occurrence, une disposition législative nationale obligeait les détaillants à vendre les tabacs manufacturés au prix indiqué sur la bandelette fiscale apposée par les fabricants ou importateurs de ces produits. Il était établi qu'avant l'entrée en vigueur de cette disposition, les fabricants et importateurs s'étaient efforcés

(1953) Voy. C.J. 16 décembre 1975, aff.j. 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, *Suiker Unie*, *Rec.*, 1975, p. 1671, 1923. Voy. aussi C.J. 18 octobre 1979, aff. 5/79, *Buys*, *Rec.*, 1979, p. 3203, 3231.

(1954) C.J. 21 février 1973, aff. 6/72, *Continental Can*, *Rec.*, 1973, p. 215, 245-46.

(1955) C.J. 8 juin 1971, aff. 78/70, *Deutsche Grammophon*, *Rec.*, 1971, p. 487, 499-500.

(1956) La communication délivrée par M. le Juge P. Pescatore lors de la séance de clôture du Congrès de la FIDE à Berlin en septembre 1970 sous le titre « Das Zusammenwirken der Gemeinschaftsordnungen », et publiée dans Europarecht, 1970, spécialement p. 322-323, avait renforcé ces espoirs.

(1957) Voy. en ce sens H. Johannes, in *GRUR-Int.* 1970, p. 22, cité par W. Alexander, *Note sous l'arrêt Deutsche Grammophon*, *Cah. dr. eur.*, 1971, p. 605 ; L. Defalque, « L'apport de l'arrêt Deutsche Grammophon à la jurisprudence communautaire », *Ing. Cons.*, 1973, p. 21.

(1958) Voy. C.J. 24 octobre 1973, aff. 9/73, *Schlüter*, *Rec.*, 1973, p. 1135, 1161 ; voy. aussi conclusions Roemer, aff. 9/70, *Grad*, *Rec.*, 1970, p. 825, 857 ; conclusions Mayras, aff. 192/73, *Hag*, *Rec.*, 1974, p. 731, 752 ; conclusions Trabucchi, aff. 2/73, *Geddo*, *Rec.*, 1973, p. 891 ; conclusions Reischl, aff. 155/73, *Sacchi*, *Rec.*, 1974, p. 436.

(1959) C.J. 16 novembre 1977, aff. 13/77, *GB-Inno-BM c/ ATAB*, *Rec.*, 1977, p. 2115.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'obtenir le respect des prix-bandelettes par les détaillants au moyen d'ententes contraires à l'article 85 du traité (1960) et que son adoption était due à l'initiative d'un parlementaire qui était le secrétaire général d'une des associations qui avaient mis sur pied ces ententes. La question soumise aux tribunaux était de savoir si, dans ces circonstances, la disposition législative prescrivant le respect du prix-bandelette n'était pas contraire aux articles 85 et 86, envisagés conjointement avec les articles 3 (f) et 5, alinéa 2, du traité. (Malheureusement, seule la question de la compatibilité avec l'article 86 (envisagée conjointement avec les articles 3 (f) et 5, alinéa 2) fut soumise par la Cour de cassation à la Cour de justice, ce qui ne contribua pas à clarifier le problème.)

La Cour de justice déclara que « s'il est vrai que l'article 86 s'adresse aux entreprises, il n'en est pas moins vrai aussi que le traité impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile de cette disposition » et que « les États membres ne sauraient édicter des mesures permettant aux entreprises privées de se soustraire aux contraintes imposées par les articles 85 à 94 du traité. (1961) »

Cet arrêt est important sur le plan des principes. Il établit en effet qu'un État membre ne saurait soustraire ses entreprises aux obligations découlant des articles 85 et 86 en rendant obligatoire pour elles l'adoption d'un comportement conforme à celui qui découle d'une entente ou de l'exercice d'une position dominante. Le pouvoir d'imposer des cartels obligatoires en est considérablement réduit.

8. Tout en permettant d'éviter que les interdictions des articles 85 et 86 soient tournées par l'adoption de mesures d'origine publique, l'arrêt *GB-Inno-BM* ne permet cependant pas d'appréhender l'ensemble des distorsions de concurrence auxquelles peut donner lieu l'interventionnisme étatique en matière économique.

Les articles 30 et 34, relatifs respectivement aux mesures d'effet équivalant à l'importation et à l'exportation permettent-ils de résoudre les problèmes restants (1962) ?

(1960) Ces ententes ont en effet été déclarées contraires à l'article 85 du traité par la Décision Fedetab de la Commission du 20 juillet 1978 (*J.O.C.E.*, n° L 224 du 15 août 1978, p. 29) confirmée par l'arrêt de la Cour du 29 octobre 1980, aff.j. 209 à 215 et 218/78, *Heintz van Landewyck*, *Rec.*, 1980, p. 3125.

(1961) *Rec.*, 1977, p. 2144-2145, attendus 31 et 33.

(1962) Sur la relation entre l'article 30 et les articles 85 et 86, voy. en particulier : P. VerLoren van Themaat, « Zum Verhältnis zwischen Artikel 30 und Artikel 85 E.W.G.-Vertrag », Wettbewerb im Wandel (Festschrift Günther), Baden-Baden, 1976, p. 373 et suiv. Voy. aussi H. Matthies, « Die Verantwortung der Mitgliedstaaten für den freien Warenverkehr im Gemeinsamen Markt », Festschrift für H.P. Ipsen, Tübingen, 1977, p. 669 et suiv.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Dans son arrêt *GB-Inno-BM*, la Cour a déclaré qu'une mesure nationale qui favorise un abus de position dominante au sens de l'article 86 « sera normalement incompatible avec les articles 30 et 34 ». (1963) De même, dans l'arrêt *Van Tiggele*, la Cour a condamné en vertu de l'article 30 une mesure nationale imposant des prix minimaux pour certaines boissons distillées après qu'une décision judiciaire eût considéré interdits en vertu de la législation nationale de concurrence les accords verticaux de prix imposés que la majorité des fabricants du secteur appliquaient précédemment. (1964)

Toutefois, il serait erroné de croire que le champ d'application des articles 30 et 34 recouvre intégralement celui des articles 85 et 86 et que, dès lors, toute restriction de concurrence susceptible d'affecter le commerce entre États membres est également interdite, qu'elle trouve son origine dans un comportement d'entreprises ou dans une mesure d'intervention autoritaire de l'État.

Il résulte en effet des arrêts *EMI/CBS* (1965) que l'article 30 ne s'applique pas à des mesures étatiques faisant obstacle à l'importation dans l'ensemble de la Communauté de produits provenant de pays tiers, mais que l'article 85 est susceptible de s'appliquer à des accords entre entreprises qui produisent cet effet. De même, s'il ne fait pas de doute qu'un accord entre entreprises ou un abus de position dominante ayant pour effet de restreindre la fabrication d'un produit déterminé dans un État membre tomberaient sous les interdictions des articles 85 et 86 (1966), il résulte de l'arrêt *Groenveld* (1967) que l'application de l'article 34 aux mesures nationales restrictives de production est limitée aux produits pour lesquels existe une réglementation communautaire de la production ; en l'absence d'une telle réglementation, seules les mesures nationales qui restreignent *spécifiquement* les courants d'exportation et établissent ainsi une différence de traitement entre le commerce intérieur d'un État membre et son commerce d'exportation sont interdites par le traité. (1968)

(1963) *Rec.*, 1977, p. 2145, att. 35.

(1964) Voy. C.J. 24 janvier 1978, aff. 82/77, *Van Tiggele*, *Rec.*, 1978, p. 25, 28-29.

(1965) Arrêts du 15 juin 1976, aff. 51/75, 86/75 et 96/75, *Rec.*, 1976, p. 811, 871 et 913.

(1966) C.J. 6 mars 1974, aff.j. 6 et 7/73, *Commercial Solvents Corporation*, *Rec.*, 1974, p. 223, 254-256 ; 16 décembre 1975, aff. j. 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, *Suiker Unie*, *Rec.*, 1975, p. 2023-2025.

(1967) C.J. (2e Ch.) 8 novembre 1979, aff. 15/79, *Groenveld*, *Rec.*, 1979, p. 3409, 3415, att. 7. L'interprétation de l'article 34 donné par l'arrêt *Groenveld* a été confirmée par un arrêt de la Cour plénière du 14 juillet 1981, aff. 155/80, *Oebel*, att. 15 (inédit).

(1968) Dans son arrêt du 30 octobre 1974, aff. 190/73, *Van Haaster*, *Rec.*, 1974, p. 1123, 1134, att. 17, la Cour avait déclaré qu'une organisation nationale ayant pour objet le contingentement de la production des bulbes de jacinthes affecte, à tout le moins potentiellement, le régime d'échanges défini par le règlement n° 234/68 portant établissement d'une organisation commune des marchés dans le secteur des plantes vivantes et des produits de la floriculture, et qu'elle doit

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

III. ÉVALUATION CRITIQUE

9. La dualité des critères applicables aux distorsions de concurrence d'origine publique et à celles qui sont l'œuvre des entreprises nous paraît de nature à conduire à des possibilités d'abus.

10. On nous répondra peut-être que les pouvoirs publics agissent dans l'intérêt général et qu'il doit donc leur être loisible d'agir sur les conditions de concurrence en vue d'orienter l'économie dans la direction qui leur paraît la plus souhaitable. Une telle possibilité serait exclue si la légalité des interventions des États devait se mesurer selon les mêmes critères que la légalité des interventions d'origine privée.

11. Certes, cette réflexion comporte une grande part de vérité. Toutefois, elle ne tient pas suffisamment compte de ce que, dans nos économies contemporaines, la distinction entre le « public » et le « privé » tend à s'estomper toujours davantage. L'existence dans plusieurs États membres d'un important secteur public en concurrence avec les entreprises privées, l'intérêt croissant que prennent tous les États membres au maintien en vie de leurs grandes entreprises — qu'elles soient publiques ou privées — pourvoyeuses d'emplois, la tendance plus ou moins accentuée selon les États membres de recourir à la concertation et à la persuasion plutôt qu'à l'intervention directe en vue de réaliser les objectifs de la politique économique, rendent de plus en plus difficile de tracer une frontière nette entre l'intérêt général et l'intérêt particulier. Souvent, on constatera qu'un comportement qui repose apparemment sur un accord privé n'est en réalité que la mise en œuvre d'exhortations pressantes des pouvoirs publics. Inversement, il arrivera qu'une mesure d'autorité soit dictée par la préoccupation de soustraire telle entreprise publique ou privée aux aléas d'une concurrence trop vive. Interdire le premier sans autre forme de procès, sous prétexte que la forme utilisée est celle de l'accord entre entreprises, alors qu'on se déclare impuissant à l'égard de la seconde (sauf lorsqu'elle se concrétise par l'octroi d'aides au sens des articles 92 à 94) nous paraît relever d'un manichéisme simpliste plutôt que d'une saine appréciation des réalités politiques et économiques dans lesquelles nous vivons.

12. Nous voudrions éclairer notre propos d'un exemple concret.

Le décret-loi italien n° 156 du 30 avril 1976 (1969) permet, en son article 3, au Comitato Interministeriale per la Programmazione Industriale (CIPI) d'interdire l'exécution de tout projet d'investissement supé-

---

dès lors être considérée comme mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives au sens de ce règlement.

(1969) *Rec.*, 1979, p. 3415, att. 7.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

rieur à 10 milliards de lires, sous peine d'une amende égale à 25 % du montant investi. Une entreprise étrangère disposant déjà d'une implantation en Italie souhaitait réaliser un nouvel investissement supérieur à 10 milliards de lires dans un secteur voisin de celui dans lequel elle se trouvait déjà. Ce projet menaçait directement la position importante qu'occupait dans ce secteur une entreprise nationalisée. Diverses pressions politiques exercées pour le compte de l'entreprise nationalisée, et faisant valoir le risque de créer des surcapacités dans le secteur en cause, aboutirent à un refus de la part du CIPI d'autoriser l'investissement projeté.

Une plainte déposée par l'entreprise étrangère auprès de la Commission, et invoquant la violation des articles 3 (f), 5, alinéa 2, 34 et 90 du traité demeura sans effet. Aucune réponse formelle ne fut donnée par la Direction générale de la concurrence, compétente pour instruire la plainte en tant qu'elle invoquait les articles 3 (f), 5, alinéa 2 et 90, mais on fit comprendre oralement à la plaignante qu'elle n'avait aucune chance d'aboutir. La Direction générale du marché intérieur et des affaires industrielles, compétente en ce qui concerne la violation alléguée de l'article 34, répondit que puisque le décret-loi italien visait *tous* les investissements supérieurs à un montant déterminé, il ne s'agissait pas d'une disposition visant à restreindre spécifiquement les courants d'exportation en établissant une différence de traitement entre le commerce intérieur et le commerce d'exportation au sens de l'arrêt *Groenveld*.

13. Cette illustration, prise parmi d'autres, des difficultés qu'il y a, dans la situation actuelle, à traiter de manière égale toutes les restrictions de concurrence souligne la nécessité de poursuivre la voie amorcée par l'arrêt *GB-Inno-BM*. Elle souligne également le caractère excessivement formaliste de la distinction faite par la Commission entre restrictions de concurrence d'origine publique et d'origine privée. Ce n'est que si les institutions communautaires trouvent le moyen d'assurer un traitement équilibré de toutes les restrictions de concurrence susceptibles de nuire à l'intérêt général communautaire que le bon fonctionnement du Marché Commun pourra être assuré dans une situation où l'interventionnisme étatique ne fait que croître. (1970)

* * *

Quelques années plus tard, je croyais déceler dans la jurisprudence une volonté de rapprocher les règles applicables aux différentes

(1970) *Gazetta Ufficiale*, 3 mai 1976, p. 3286.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

restrictions, sans égard à leur origine. Je savais que Pierre Pescatore, alors juge à la Cour de justice, partageait ce point de vue (1971). Aussi décidai-je de consacrer à ce thème l'étude que je rédigeai pour le Liber Amicorum qui lui fut offert en 1987.

« Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE »,
Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore, Baden-Baden, Nomos,
1987, pp. 781-803.

INTRODUCTION

Cette étude concerne un thème auquel *Pierre Pescatore* a consacré d'importantes réflexions, notamment dans le remarquable rapport qu'il a présenté au XIIIe colloque organisé en octobre 1986 par la Fordham Law School à New York (1972). Certaines des thèses avancées par notre jubilaire à cette occasion ont déjà donné lieu à des réactions (1973) sur lesquelles nous voudrions prendre position par la même occasion.

Il s'agit de savoir si les dispositions du traité C.E.E. sur la libre circulation des marchandises et celles sur la libre concurrence doivent être considérées comme deux séries de règles distinctes non seulement quant à leur contenu mais aussi quant à leurs destinataires, ou s'il existe entre elles des « passerelles » permettant dans certains cas de se servir des unes pour combler les lacunes dans le champ d'application des autres.

La jurisprudence de la Cour contient de nombreuses indications de l'existence d'un rapport de complémentarité étroite entre les deux séries de règles. Contrairement à une opinion très répandue, la Cour n'envisage pas les principes énoncés à l'article 30 comme applicables exclusivement

(1971) Voy. sa magistrale étude pour la treizième conférence annuelle du Fordham Corporate Law Institute intitulée « Public and Private Aspects in Recent Competition Cases before the Court of Justice », New York, 1986. Dans une étude récente, Fabrice Picod plaide lui aussi en faveur d'une application aux particuliers des règles obligeant les États membres à ne pas entraver les libertés de circulation : « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée en droit communautaire ? » in : Mélanges en hommage à Georges Vandersanden, Promenade au sein du droit européen, Bruxelles (Bruylant), 2008, p. 635 et suiv.

(1972) « Public and Private Aspects in Recent Competition Cases before the Court of Justice », in *United States and Common Market Antitrust Policies*, Thirteenth Annual Fordham Corporate Law Institute, à publier.

(1973) G. Marenco, « Competition between National Economies and Competition between Businesses », à publier dans le Fordham International Law Journal.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

aux États membres et ceux contenus aux articles 85 et 86 comme visant exclusivement les entreprises. Bien au contraire, la jurisprudence permet de déceler une tendance vers la « privatisation » des règles sur la libre circulation des marchandises et la « publicisation » des règles de concurrence applicables aux entreprises.

Après avoir décrit cette double tendance, nous nous interrogerons sur les conclusions qu'il y a lieu d'en tirer.

I. — LA « PRIVATISATION » DES RÈGLES SUR LA LIBRE CIRCULATION DES MARCHANDISES

On sait que, depuis l'arrêt *Deutsche Grammophon* du 8 juin 1971 (1974), la Cour considère que l'exercice par le titulaire d'un droit de propriété industrielle d'une action en contrefaçon en vue de faire interdire l'importation ou la vente de produits écoulés par lui-même ou avec son consentement sur le marché d'un autre État membre est considéré comme incompatible avec les règles sur la libre circulation des marchandises et, plus précisément, avec l'article 30.

La Cour ayant fondé sa jurisprudence sur l'article 30, qui interdit les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que « toutes mesures d'effet équivalent », les commentateurs se sont demandé en quoi consistait en l'occurrence la « mesure » produisant l'effet d'une restriction quantitative. Selon *W. Alexander*, à qui revient la paternité de la théorie consacrée par la Cour, il ne peut s'agir que de la législation nationale, dans la mesure où celle-ci permet au titulaire de restreindre l'importation de manière injustifiée au regard des objectifs du traité (1975). En effet, seul un acte de l'autorité publique — qu'il s'agisse de la loi elle-même ou de l'injonction du juge interdisant l'importation — pourrait constituer une « mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation » au sens de l'article 30. Plusieurs auteurs partagent cette

(1974) 78/70, *Rec.*, 1971, p. 487, Voy. aussi les arrêts du 31 octobre 1974, 15/74 et 16/74, *Centrafarm c. Sterling Drug et Centrafarm c. Winthrop*, *Rec.*, 1974, p. 1147 et 1169.

(1975) W. Alexander, « L'établissement du marché commun et le problème des brevets parallèles », *R.T.D.E.*, 1968, p. 513, 527. Voyez aussi la note du même auteur sous l'arrêt *Terrapin-Terranova* du 22 juin 1976, *Cah. dr. eur.* 1976, p. 431, 445.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

opinion (1976). Deux des avocats généraux de la Cour de justice s'y sont rangés (1977).

Il y a lieu de reconnaître que certains arrêts de la Cour semblent aller dans ce sens. Ainsi, dans son arrêt *Musik-Vertrieb Membran* du 20 janvier 1981 (1978), lorsqu'elle a reformulé la question posée par la juridiction allemande, la Cour a dit qu'elle avait pour objet de savoir si « les articles 30 et 36 doivent être interprétés en ce sens qu'ils font obstacle à l'application d'une législation nationale... ». Elle a repris une formule semblable dans le récent arrêt *Basset c. SACEM* (1979).

Toutefois, d'autres arrêts conduisent nécessairement, soit implicitement, soit de manière expresse, à la conclusion que l'interdiction de l'article 30 s'adresse directement aux titulaires de droit de propriété industrielle.

a) Les arrêts Centrafarm

Ainsi, une des questions que la Cour avait à trancher dans les arrêts *Centrafarm c. Sterling Drug* et *Centrafarm c. Winthrop* (1980) consistait à savoir si l'article 30 était applicable, dès avant l'expiration du délai prévu par l'acte d'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés pour la suppression des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives, à une action en justice intentée en vue d'empêcher l'importation aux Pays-Bas de produits pharmaceutiques provenant du Royaume-Uni. La Cour répondit par l'affirmative, considérant que le délai prévu par l'acte d'adhésion ne concernait que « celles des mesures d'effet équiva-

(1976) R. Joliet, « Patented Articles and the Free Movement of Goods within the E.E.C. », 28 *Current Legal Problems*, 1975, p. 15, 25 ; F.A. Mann, « Gewerbliche Schutzrechte, mengenmässige Beschränkungen und E.W.G.-Vertrag », Beiträge zum Zivil — und Wirtschaftsrecht — Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975, Berlin, 1975, p. 421, 426 ; F.-K. Beier, « Ziele und Leitgedanken des europäischen Markenrechts », *GRUR-AIT*, 1976, p. 363, 366 et 367 ; R. Joliet et P. Delsaux, « Le droit d'auteur dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Cah. dr. eur.* 1985, p. 381, 389 ; L. Daniele, « Réflexions d'ensemble sur la notion de mesures ayant un effet équivalant à des restrictions quantitatives », *R.M.C.*, 1984, p. 477, 478-479 ; G. Marenco, « Competition between National Economies and Competition between Businesses », cité, p. 7 à 9 du texte ronéotypé.

(1977) Voyez conclusions Mayras avant l'arrêt *Terrapin-Terranova* du 22 juin 1976, 119/75, *Rec.*, 1976, p. 1069 : « Ce n'est pas l'action en justice en tant que telle mais l'interdiction de commercialisation qui pourrait être éventuellement enjointe à la suite d'une telle action, qui pourrait avoir un effet équivalant à celui d'une restriction quantitative », et les conclusions Warner avant l'arrêt *Musik-Vertrieb Membran et K-Tel c. Gema* du 20 janvier 1981, 55 et 57/80, *Rec.*, 1981, p. 147, 174 : « Il faut d'abord avoir à l'esprit l'idée que, lorsque l'article 30 se réfère à une « mesure », il vise une mesure prise par un État membre ; cela ne signifie pas une mesure prise par une personne privée ».

(1978) Précité.

(1979) C.J. 9 avril 1987, 402/85, *G. Basset c. Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)*, pas encore publié, attendu n° 11.

(1980) Précités.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

lant à des restrictions quantitatives qui, entre les anciens États membres, devaient être supprimées, aux termes d'une période de transition, en vertu des articles 30 et 32 à 35 du traité C.E.E. ». Selon la Cour, il n'en allait pas ainsi des « interdictions d'importation résultant d'une législation nationale relative à la propriété industrielle et commerciale », cette matière étant « soumise au principe inhérent au traité et à l'acte d'adhésion, selon lequel les dispositions des traités instituant les Communautés européennes, relatives à la libre circulation des marchandises, et en particulier, de l'article 30, sont applicables, dès l'adhésion, aux nouveaux États membres, sauf s'il y est expressément dérogé » (1981).

À notre avis, cette solution ne peut s'expliquer que si l'on considère que, pour la Cour, ce n'est pas dans la notion de « mesure d'effet équivalent » qu'il faut rechercher la source des limitations que le traité impose à l'exercice des droits de propriété industrielle, mais dans un principe plus général découlant de l'article 30 et susceptible de s'appliquer comme tel non seulement aux États mais aussi aux particuliers.

b) L'arrêt Terrapin-Terranova

Dans l'affaire *Terrapin-Terranova*, un des problèmes soumis à la Cour consistait à savoir si le fait pour le titulaire d'une marque d'agir systématiquement contre les importations de produits portant une marque similaire à la sienne alors qu'il tolère la vente de produits nationaux s'effectuant dans des circonstances comparables constitue une « discrimination arbitraire » au sens de l'article 36, deuxième phrase, du traité. La Cour répondit qu'il convenait que le juge national vérifie « si les droits en cause sont effectivement exercés par le titulaire avec la même rigueur, quelle que soit l'origine nationale du contrevenant éventuel » (1982).

Cet attendu a été critiqué par les auteurs partisans d'une restriction du champ d'application de l'article 30 aux mesures émanant des États membres (1983). Ce ne serait que si la législation nationale elle-même ou son application par les tribunaux accordait une protection plus large contre les marchandises importées que contre les produits d'origine nationale que la deuxième phrase de l'article 36 pourrait jouer.

Ainsi que nous l'avons écrit à l'époque, ces critiques ne sont pas justifiées. En effet, même si l'exercice de l'action en contrefaçon ne peut être assimilé à une mesure d'effet équivalent *stricto sensu*, cela n'empêche qu'il est interdit, en vertu du principe général de l'interdiction de toute restriction aux échanges, s'il constitue une discrimination arbitraire.

(1981) *Rec.*, 1974, p. 1166 et 1197.
(1982) C.J. 22 juin 1976, 119/75, *Rec.*, 1976, p. 1069.
(1983) Voyez notamment W. Alexander et F.-K. Beier cités *supra*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

« Il semble donc — écrivions-nous alors — que la Cour interprète les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises comme imposant directement des obligations aux particuliers, par un raisonnement semblable à celui qui lui a permis, dans l'arrêt *Walrave et Koch* (1984), d'interpréter les articles 59 et suivants sur la libre prestation des services comme s'adressant non seulement aux États membres mais aussi aux particuliers (1985).

c) L'arrêt Dansk Supermarked c. Imerco

Que cette affirmation de l'arrêt *Terrapin-Terranova* ne soit pas une inadvertance est confirmé par le fait que, quelques années plus tard, la Cour s'est servie d'un langage encore plus clair pour signifier sa pensée. Ayant à se prononcer sur le point de savoir si peut être considérée comme une pratique commerciale déloyale la mise en vente dans un État membre d'une marchandise écoulée dans un autre État membre à la condition expresse qu'elle ne soit pas exportée vers le premier État, la Cour a fait remarquer « qu'en aucun cas des conventions entre particuliers ne sauraient déroger aux dispositions impératives du traité relatives à la libre circulation des marchandises ». Elle en a déduit qu'une convention portant interdiction d'importer dans un État membre une marchandise licitement commercialisée dans un autre État membre ne saurait être invoquée ou prise en considération pour qualifier « l'écoulement de cette marchandise comme une pratique irrégulière ou déloyale (1986) ».

Pierre Pescatore a souligné l'importance de cet arrêt (1987). Plusieurs commentateurs admettent à sa suite que l'article 30 n'est pas limité aux États membres mais peut produire des effets « horizontaux » dans les relations entre individus (1988). Cette conséquence a été explicitement reconnue par le juge *Oliver* de la Cour d'appel d'Angleterre dans l'affaire *Bourgoin S.A. c/ Ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation* du 29 juillet 1985 (1989).

Selon *G. Marenco*, cependant, l'arrêt *Dansk Supermarked* se bornerait à se prononcer sur la compatibilité de la *loi* danoise sur la concurrence déloyale avec le traité. La Cour aurait seulement voulu exclure toute

(1984) C.J. 12 décembre 1974, 36/74, *Rec.*, 1974, p. 1405.

(1985) M. Waelbroeck, note sous l'arrêt *Terrapin-Terranova*, *R.C.J.B.*, 1977, p. 219, 227-228.

(1986) C.J. 22 janvier 1981, 58/80, *Dansk Supermarked c. Imerco*, *Rec.*, 1981, p. 181, 195.

(1987) P. Pescatore, « Aspects judiciaires de l'acquis communautaire », *R.T.D.E.*, 1981, p. 617, 630.

(1988) M. Maresceau, « De toepasbaaheid van het europese recht door de nationale rechterlijke instanties », *T.P.R.*, 1982, p. 41, 60 ; F. Capelli, « Attribuzione di responsabilità alle imprese per violazione dell'art. 30 del trattato C.E.E. », *D.C.S.I.*, 1982, p. 87.

(1989) (1986) 1 *CMLR* 267.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

possibilité que les parties privées puissent, par un accord entre elles, déclencher l'application de la législation nationale.

Cette tentative de réfutation ne nous convainc pas. En effet, ce n'est pas la législation nationale comme telle que la Cour a condamnée, mais l'utilisation de cette législation par un particulier en vue de faire interdire l'importation de produits mis en vente dans un autre État membre. L'arrêt aboutit donc bien à limiter le droit des particuliers d'invoquer la législation sur la concurrence déloyale.

d) L'arrêt Polydor c. Harlequin Records

Un an plus tard, soit le 9 février 1982, la Cour répétait que l'article 30 s'adresse directement aux individus en interdisant « l'exercice de son droit par le titulaire d'un droit de propriété industrielle et commerciale » (1990).

e) Conclusion

Il ne semble plus possible de mettre sérieusement en doute que la Cour de justice considère aujourd'hui comme susceptibles d'être interdites par l'article 30 du traité non seulement les dispositions de droit national qui permettent de restreindre l'importation mais aussi les actions intentées à cette fin par les personnes privées devant les juridictions nationales.

On peut en conclure que le principe de la libre circulation des marchandises oblige tant les particuliers que les États membres.

II. — LA « PUBLICISATION » DES ARTICLES 85 ET 86

a) La thèse Koch-Froschmaier

Dès 1965, deux auteurs allemands défendaient la thèse selon laquelle les articles 85 et 86 sont l'expression d'un principe général obligeant les États membres aussi bien que les entreprises privées à ne pas restreindre le libre jeu de la concurrence.

Selon eux, ces articles concrétisent le choix fondamental des auteurs du traité en faveur d'un système économique orienté par la concurrence et intégrant les économies des États membres (1991).

(1990) C.J. 9 février 1982, 270/80, *Polydor c. Harlequin Records*, *Rec.*, 1982, p. 329, 346.

(1991) N. Koch et F. Froschmaier, « Patentgesetze und Territorialitätsprinzip im Gemeinsamen Markt », *GRUR-AIT*, 1965, p. 121 ; voyez aussi H. Schumacher, « Le principe de territorialité du droit des marques dans le marché commun après l'arrêt Grundig », *Brevets et marques au regard du droit de la concurrence en Europe et aux États-Unis*, Bruxelles, 1968, p. 49.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Cette thèse n'a pas été retenue à l'époque par la Cour de justice. Dans son arrêt *Parke, Davis* du 29 février 1968 (1992), la Cour a considéré que l'exercice d'un droit de propriété industrielle ne saurait relever des articles 85 ou 86 en l'absence de tout accord ou pratique concertée et de toute exploitation abusive d'une position dominante.

b) L'arrêt Deutsche Grammophon

Trois années plus tard, la Cour nuança sensiblement cette prise de position négative. Par un raisonnement fondé sur une combinaison de l'article 5, alinéa 2 du traité, selon lequel « les États membres s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des buts du traité », des « principes de la libre circulation des marchandises » et de l'article 3 (f), qui énonce l'objectif de « l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun », la Cour aboutissait à interdire l'exercice par un fabricant de supports de son de son droit exclusif en vue d'interdire la commercialisation d'un produit écoulé par lui-même ou avec son consentement dans un autre État membre (1993).

c) L'arrêt GB-Inno-BM

L'arrêt *Deutsche Grammophon* allait être le signal d'une offensive générale des plaideurs en vue d'amener la Cour à reconnaître que les États membres sont tenus de ne pas adopter de règle susceptible de réduire à néant l'effet utile des articles 85 et 86. Si l'article 5, alinéa 2, interdit aux États membres d'entraver la réalisation des objectifs du traité, ne s'ensuit-il pas qu'ils doivent s'abstenir de toute mesure susceptible d'aboutir au même résultat qu'une entente ou une pratique interdites par ces dispositions ?

Les premières tentatives reçurent un accueil négatif de la part des avocats généraux (1994), la Cour évitant de se prononcer. Il faut dire que les faits des espèces en cause n'étaient guère propices à une extension de la jurisprudence *Deutsche Grammophon*.

C'est dans son arrêt *GB-Inno-BM c. ATAB* du 16 novembre 1977 (1995) que la Cour a examiné la question pour la première fois. Cette affaire mettait en cause une disposition législative belge obligeant les détaillants

(1992) 24/67, *Rec.*, 1968, p. 81.

(1993) C.J. 8 juin 1971, 78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft c. Metro-SB-Grossmärkte*, *Rec.*, 1971, p. 487, 498-500.

(1994) Voyez conclusions Reischl dans l'affaire *Sacchi*, 155/73, *Rec.*, 1974, p. 436 ; conclusions Warner dans l'affaire *Galli*, 31/74, *Rec.*, 1975, p. 73.

(1995) 13/77, *Rec.*, 1977, p. 2115.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

à vendre les tabacs manufacturés au prix indiqué sur la bandelette fiscale apposée par le fabricant ou importateur de ces produits. Il était établi qu'avant l'entrée en vigueur de cette disposition, les fabricants et importateurs s'étaient efforcés d'obtenir le respect des « prix-bandelette » par les détaillants au moyen d'ententes contraires à l'article 85 du traité (1996) et que son adoption était due à l'initiative d'un parlementaire qui exerçait, en outre, les fonctions de secrétaire d'une des associations qui avaient mis sur pied ces ententes. La question soumise à la Cour de justice était de savoir si, dans ces circonstances, la disposition législative prescrivant le respect du prix-bandelette était contraire à l'article 86, envisagé conjointement avec les articles 3 (f) et 5, alinéa 2 du traité (1997).

La Cour de justice déclara que « s'il est vrai que l'article 86 s'adresse aux entreprises, il n'en est pas moins vrai aussi que le traité impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile de cette disposition » et que « les États membres ne sauraient édicter des mesures permettant aux entreprises privées de se soustraire aux contraintes imposées par les articles 85 à 94 du traité » (1998).

Elle ajouta : « de toute manière, une mesure nationale qui a pour effet de faciliter l'exploitation abusive d'une position dominante susceptible d'affecter le commerce entre États membres, sera normalement incompatible avec les articles 30 et 34 qui interdisent les restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation, ainsi que toute mesure d'effet équivalent » (1999).

Cet arrêt est important, dans la mesure où il établit qu'un État membre doit s'abstenir de toute mesure permettant à ses entreprises d'obtenir un résultat qui, en l'absence de la mesure, leur serait interdit par les articles 85 et 86 (2000). Nous pensons que la tentative de réduire la portée de l'arrêt à une simple condamnation de mesures étatiques favori-

(1996) Ces ententes ont en effet été déclarées contraires à l'article 85 du traité par la décision *Fedetab* de la Commission du 20 juillet 1978, *J.O.C.E.*, L 224 du 15.08.78, p. 29, confirmée par l'arrêt de la Cour du 29 octobre 1980, 209 à 215 et 218/78, *Heintz Van Landewijck*, *Rec.*, 1980, p. 3125.

(1997) De manière regrettable, la juridiction nationale n'avait pas estimé nécessaire d'interroger la Cour sur la compatibilité du prix-bandelette avec l'article 85 conjointement avec les articles 3 (f) et 5, alinéa 2, alors que la question avait été soulevée devant elle.

(1998) *Rec.*, 1977, p. 2144-2145.

(1999) *Rec.*, 1977, p. 2145.

(2000) Voyez à ce sujet nos études : « The Extent to which Government Interference Can Constitute Justification under Articles 85 or 86 of the Treaty of Rome », *International Business Lawyer*, 1980, p. 113 ; et « La constitution européenne et les interventions des États membres en matière économique », in : *In Orde*, *Liber Amicorum P. VerLoren van Themaat*, Deventer 1982, p. 331 et suiv.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

sant des comportements interdits aux entreprises doit être rejetée (2001). En effet, il résulte clairement des faits de l'espèce, que la Cour rappelle de manière étendue dans l'arrêt, que l'affaire concernait une mesure étatique mettant des entreprises privées à même d'obtenir un résultat interdit par le traité sans qu'il soit nécessaire pour elles d'avoir recours à des comportements expressément condamnés par le traité. La mention de la nécessité de préserver « l'effet utile » des règles de concurrence doit se lire dans ce contexte.

d) Les arrêts Buys, Roussel et Duphar

Trois affaires portées devant la Cour après l'arrêt *GB-Inno-BM* ont à nouveau posé le problème de la compatibilité avec les règles de concurrence du traité de mesures nationales de contrôle des prix.

Dans l'affaire *Buys* (2002), il était demandé à la Cour si les dispositions combinées des articles 5 et 85 du traité s'opposaient à l'application par un État membre d'une réglementation nationale de blocage des prix. La Cour répondit qu'une telle réglementation ne s'analysant pas en un accord entre entreprises, en une décision d'association d'entreprises ou en des pratiques concertées n'était pas justiciable de l'article 85.

Dans l'affaire *Roussel* (2003), il s'agissait d'une réglementation néerlandaise interdisant de vendre des médicaments importés à un prix supérieur au prix pratiqué par les producteurs dans le pays de production, majoré des frais directs, d'une marge de distribution et des taxes. La Cour a considéré qu'une telle mesure pouvant être considérée comme interdite par l'article 30, il n'y avait pas lieu pour elle de se prononcer sur sa compatibilité avec les articles 3 (f) et 5, combinés avec les articles 85 et 86 (2004).

Enfin, dans l'arrêt *Duphar* (2005), la Cour déclara qu'une réglementation nationale excluant selon des critères objectifs certains produits pharmaceutiques du remboursement par la sécurité sociale n'était pas contraire aux dispositions combinées de l'article 3 (f) et des articles 85 et 86. En effet, les articles 85 et 86 faisant partie des règles de concurrence « applicables aux entreprises », ils n'entraient pas en ligne de compte

(2001) Une telle interprétation restrictive de l'arrêt *GB-Inno-BM* a été proposée par l'avocat général Capotorti dans ses conclusions dans l'affaire *Van Tiggele*, 82/77, *Rec.*, 1978, p. 48 et par l'avocat général Warner dans ses conclusions dans l'affaire *Buys*, 5/79, *Rec.*, 1979, p. 3254. Voyez aussi G. Marenco, « Mesures étatiques et liberté de concurrence », *R.T.D.E.*, 1984, p. 527, 530.

(2002) C.J. 18 octobre 1979, 5/79, *Procureur général c. Hans Buys, Hans Pesch et Yves Dullieux*, *Rec.*, 1979, p. 3203, 3231.

(2003) C.J. 29 novembre 1983,181/82, *Roussel Laboratoria BV et autres c. État néerlandais*, *Rec.*, 1983, p. 3849.

(2004) *Rec.*, 1983, p. 3871.

(2005) C.J. 7 février 1984, 238/82, *Rec.*, 1984, p. 523, 544.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

pour l'appréciation de la conformité avec le droit communautaire d'une législation du type de celle faisant l'objet du litige.

Ce courant jurisprudentiel « conservateur » par rapport aux positions prises dans l'arrêt *GB-Inno-BM* peut s'expliquer par le fait qu'aucune des dispositions législatives nationales en cause dans ces affaires ne pouvait sérieusement être critiquée comme produisant des effets analogues à ceux d'une entente interdite par l'article 85 ou d'un abus de position dominante contraire à l'article 86. Il s'agissait dans tous les cas de mesures justifiées par un objectif légitime de politique économique, à savoir la lutte contre l'inflation, et dont l'objectif était de limiter les prix vers le haut, non vers le bas.

e) L'arrêt Van de Haar

Plus étonnant est l'arrêt de la première chambre de la Cour du 5 avril 1984 dans l'affaire *Van de Haar* (2006), qui concernait une disposition législative néerlandaise identique à la disposition belge en cause dans l'affaire *GB-Inno-BM*. Retournant la formule utilisée dans ce dernier arrêt, la première chambre aboutit à un résultat radicalement opposé :

> « S'il est vrai que les États membres ne sauraient édicter des mesures permettant aux entreprises privées de se soustraire aux contraintes imposées par l'article 85 du traité, les dispositions de cet article font toutefois partie des règles de concurrence « applicables aux entreprises » et visent donc à régir le comportement des entreprises dans le marché commun. Elles n'entrent dès lors pas en ligne de compte pour l'appréciation de la conformité avec le droit communautaire d'une législation du type de celle faisant l'objet des procédures au principal ».

Cet arrêt a fait l'objet d'une « approbation sans réserves » par les partisans d'une interprétation minimaliste des obligations imposées aux États membres par les règles de concurrence du traité (2007). Il est toutefois demeuré sans suite.

f) Les arrêts Leclerc, Clair et Nouvelles Frontières

L'arrêt *GB-Inno-BM* avait établi l'obligation pour les États membres de s'abstenir de toute mesure susceptible d'éliminer l'effet utile des articles 85 et 86. Il restait à préciser l'étendue de cette obligation. La Cour allait-elle interdire toute mesure étatique susceptible d'altérer la concurrence entre entreprises ? Une telle extension aurait pu avoir des répercussions économiques et politiques considérables, étant donné

(2006) 177 et 178/82, *Van de Haar et Kaveka*, *Rec.*, 1984, p. 1797.
(2007) Voyez G. Marenco, article cité, *R.T.D.E.*, 1984, p. 527, 534.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

que de nombreuses mesures de politique économique ont pour effet de modifier les relations concurrentielles.

Quatre arrêts récents contiennent des éléments de réponse à cette question.

(i) L'arrêt de la cinquième chambre du 29 janvier 1985 dans l'affaire *Leclerc-essence* (2008) concerne la compatibilité avec les articles 3 (f), 5 et 85 du traité d'une réglementation nationale fixant des prix de vente au détail minima pour l'essence. La Cour a considéré qu'une réglementation de ce type « ne vise pas à imposer la conclusion d'accords entre fournisseurs et détaillants ou d'autres comportements tels que prévus à l'article 85 (1) du traité, mais qu'elle confie la responsabilité de fixer les prix aux autorités publiques » (2009).

La Cour n'a donc pas considéré que le seul fait pour la réglementation litigieuse de restreindre la concurrence de prix pour la vente au détail d'essence la mettait en conflit avec le traité. En effet, elle ne visait pas « à imposer la conclusion d'accords » contraires à l'article 85 mais confiait la responsabilité de fixer les prix aux autorités publiques. Le seul fait que parmi les éléments à prendre en considération figuraient les prix de reprise fixés par les fournisseurs ne privait pas la réglementation en cause de son « caractère étatique ». Dès lors, elle n'était pas « susceptible d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises » (2010).

(ii) Le lendemain, dans l'arrêt *BNIC* c. *Clair*, la Cour plénière se prononçait sur une réglementation nationale permettant l'extension par mesure de l'autorité à l'ensemble d'un secteur d'activité économique d'un accord conclu au sein d'une organisation interprofessionnelle (2011).

La Cour a considéré que l'accord ainsi conclu devait être considéré comme un accord entre « entreprises ou associations d'entreprises » et que l'intervention d'un acte de l'autorité publique, destiné à rendre cet accord obligatoire pour les tiers, « ne saurait avoir pour effet de soustraire celui-ci à l'application de l'article 85 (1) (2012). »

(iii) Si la responsabilité des opérateurs économiques était ainsi clairement établie, il restait à préciser le statut de la mesure étatique étendant les effets de l'accord aux tiers. C'est ce que fait l'arrêt *Nouvelles Frontières*. La Cour y affirme « qu'il est contraire aux obligations imposées aux États membres par l'article 5 du traité C.E.E., lu en combinaison avec

(2008) 231/83, *Henri Cullet c. Centre Leclerc*, *Rec.*, 1985, p. 305.
(2009) *Rec.*, 1985, p. 320.
(2010) *Rec.*, 1985, *ibidem*.
(2011) C.J. 30 janvier 1985, 123/83, *Bureau National Interprofessionnel du Cognac c. Guy Clair*, *Rec.*, 1985, p. 392.
(2012) *Rec.*, 1985, p. 424.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

les articles 3 (f) et 85 (1) », de renforcer les effets d'un accord contraire à l'article 85 (2013).

Il ressort clairement de ces deux arrêts que, d'une part, l'adoption d'un acte de l'autorité publique rendant obligatoire *erga omnes* un accord entre entreprises n'empêche pas celui-ci de demeurer soumis à l'interdiction de l'article 85 et, d'autre part, qu'un tel acte est lui-même contraire aux obligations que l'article 5 impose aux États membres.

(iv) Une dernière hypothèse, celle où une mesure étatique vient se substituer à un accord interdit par l'article 85 de telle manière que l'accord s'efface totalement et que seule la mesure étatique fournit une base pour la restriction de concurrence — hypothèse qui s'était présentée dans les affaires *GB-Inno-BM* et *Van de Haar* — a donné lieu à l'arrêt *Leclerc-livres* (2014).

Il s'agissait en l'occurrence de la compatibilité avec le traité de la « Loi *Lang* » du 10 août 1981 qui imposait à tout éditeur ou importateur de livres de fixer un prix de vente au public pour chaque livre édité ou importé et obligeait les détaillants à pratiquer ce prix, sous réserve d'un rabais maximum de 5 %.

Reprenant et élargissant la formule de l'arrêt *GB-Inno-BM*, la Cour affirme que s'il est vrai que les règles de concurrence « concernent le comportement des entreprises et non pas des mesures législatives ou réglementaires des États membres, ceux-ci n'en sont pas moins tenus, en vertu de l'article 5, alinéa 2, du traité, de ne pas porter préjudice par leur législation nationale à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et à l'effet des actes d'exécution de celui-ci, et de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises ».

Constatant que l'effet de la législation en cause n'était pas d'imposer la conclusion d'accords interdits par l'article 85 mais d'exiger la fixation unilatérale, en vertu d'une obligation légale, des prix de vente au détail par les éditeurs ou importateurs, la Cour s'est posé la question de savoir « si une législation nationale qui rend inutiles des comportements d'entreprise du type interdit par l'article 85 (1) en donnant aux éditeurs ou importateurs de livres la responsabilité de fixer librement les prix obligatoires au stade du commerce de détail, porte atteinte à l'effet utile de l'article 85 et est, par conséquent, contraire à l'article 85, alinéa 2, du traité ». (2015)

(2013) C.J. 30 avril 1986, 209 à 213/84, *Asjes et autres*, pas encore publié.

(2014) C.J. 10 janvier 1985, 229/83, *Association des centres distributeurs Édouard Leclerc c. S.A.R.L. Au Blé Vert et autres*, *Rec.*, 1985, p. 2.

(2015) *Rec.*, 1985, p. 32.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Quoique la réponse à cette question parût évidente (2016), surtout à la lumière de l'arrêt *GB-Inno-BM*, la Cour a préféré ne pas y répondre. Constatant que la Commission n'avait pris aucune initiative visant à interdire des systèmes ou pratiques nationaux de fixation de prix des livres comme contraires à l'article 85 et que cette question n'avait encore jamais été tranchée par la Cour, de telle sorte qu'il n'existait pas « une politique communautaire de concurrence concernant des systèmes ou pratiques purement nationaux dans le secteur des livres que les États membres seraient tenus de respecter », elle conclut que les obligations des États membres n'étaient pas « suffisamment déterminées » pour leur interdire d'édicter une législation du type de celle en cause (2017).

Il est permis d'en conclure que si la Commission a clairement déterminé une politique communautaire de concurrence dans un secteur, les États ne sauraient, sans méconnaître l'obligation de « fidélité communautaire » qui leur est imposée par l'article 5 du traité, adopter des mesures législatives ou réglementaires se substituant à des ententes interdites et rendant ainsi « inutile » l'adoption par les entreprises de comportements contraires aux règles de concurrence du traité.

III. — ÉVALUATION CRITIQUE

La double évolution décrite ci-dessus ne peut à notre avis qu'être approuvée. En effet, tant les règles sur la libre circulation des marchandises que les règles de concurrence tendent à la réalisation d'un objectif unique, à savoir la création du marché commun (2018).

Ainsi que l'a souligné *Pierre Pescatore*, l'article 3 (a), qui se réfère à l'élimination des obstacles aux échanges, et l'article 3 (f), qui énonce l'objectif d'une concurrence non faussée, sont tous deux rédigés en termes généraux, applicables tant aux actions des entreprises qu'à celles des États membres (2019). Dans la mesure où les conditions d'application des deux séries de dispositions ne se recouvrent pas entièrement, il est important de pouvoir les considérer comme complémentaires l'une par rapport à l'autre plutôt que comme s'excluant réciproquement. Il ne serait en effet pas souhaitable que des particuliers puissent impunément restreindre les échanges sous prétexte qu'ils ne recourent pas à des ententes interdites par l'article 85 ou n'abusent pas d'une position dominante contraire à l'article 86, ou qu'à l'inverse un État membre puisse mettre ses entreprises en mesure d'obtenir un résultat interdit par les

(2016) Voyez P. Pescatore, étude citée à la note 1 *supra*.
(2017) *Rec.*, 1985, p. 33.
(2018) Arrêt *Leclerc-livres*, attendu 9.
(2019) « Public and Private Aspects in Recent Competition Cases before the Court of Justice », cité.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

règles de concurrence, sous prétexte que, ce faisant, il ne crée aucune entrave aux échanges contraire à l'article 30.

Néanmoins, la préoccupation a été exprimée que la thèse apparemment accueillie par la Cour pourrait aboutir à priver les États membres de toute possibilité d'intervention en matière économique. Ainsi, dans les observations soumises à la Cour dans l'affaire *Leclerc-livres*, la Commission avait fait valoir que :

> « Toute mesure de l'État en matière économique aurait pour effet de fausser la concurrence. Estimer que l'article 5 interdit de telles mesures équivaudrait à considérer que les États ne peuvent plus légiférer dans le domaine économique (2020) ».

La même thèse a été défendue avec beaucoup de force et de talent par *G. Marenco* (2021). Outre l'argument selon lequel toute intervention législative en matière économique se traduit normalement par des mesures qui ont des effets analogues à des ententes entre entreprises, cet auteur insiste sur le fait que les articles 85 et 86 interdisent non pas un *résultat* (celui de ne pas restreindre la concurrence) mais certains *moyens* (la conclusion d'ententes ou l'abus d'une position dominante). Du moment qu'un État membre ne recourt pas à un des *moyens* que les articles 85 et 86 interdisent, il lui est loisible d'aboutir au *résultat* d'empêcher la concurrence entre entreprises (2022). En outre, il souligne que les articles 37 et 90, paragraphe 1, du traité supposent le droit pour les États membres d'établir des monopoles nationaux — à savoir la forme la plus extrême de restriction de la concurrence — (2023), si bien qu'on ne saurait leur dénier le droit de mettre en œuvre des restrictions moindres. Enfin, il soutient qu'il serait logique de permettre aux États, et non aux entreprises, de restreindre la concurrence puisque la conduite des premiers est normalement inspirée de considérations d'intérêt public, alors que les secondes agissent dans leur propre intérêt et dans un but de profit (2024).

À notre avis, ces objections ne sont pas fondées.

(2020) *Rec.*, 1985, p. 22.

(2021) « Mesures étatiques et liberté de concurrence », cité ; « Le traité C.E.E. interdit-il aux États membres de restreindre la concurrence ? », *Cah. dr. eur.*, 1986, 285 ; « Competition between National Economies and Competition between Businesses », cité.

(2022) Article cité, *Cah. dr. eur.*, 1986, p. 288.

(2023) « Competition between National Economies and Competition between Businesses », n° 17.

(2024) « Mesures étatiques et liberté de concurrence », précité, p. 534.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

1. — La véritable dimension du problème

a) Nécessité d'une atteinte au commerce inter-étatique

Il convient tout d'abord de ramener le problème à ses dimensions réelles. Pour cela, il importe de rappeler qu'une mesure anti-concurrentielle nationale pourra être interdite en vertu de l'article 30 dans les cas — fréquents — où elle donne lieu à une entrave aux échanges entre États membres. De nombreux arrêts de la Cour ont ainsi condamné comme contraires à l'article 30 des mesures qui produisaient un effet équivalant à un accord ou à une pratique interdits par les articles 85 et 86, et notamment des mesures fixant des prix minimaux ou fixes (2025).

Compte tenu de l'interprétation large donnée par la Cour à l'article 30, il en résulte une très sensible limitation des pouvoirs d'intervention économique des États membres.

Relevons en outre que les articles 85 et 86 n'interdisent que les comportements susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Des mesures étatiques produisant des effets purement internes ne sont donc pas soumises au contrôle de la Communauté.

Le problème ne se pose dès lors qu'en ce qui concerne les mesures qui, sans créer une entrave aux échanges au sens de l'article 30, sont néanmoins susceptibles d'affecter le commerce entre États membres au sens des articles 85 et 86 (2026).

Il y a là une première raison pour considérer que l'ampleur du problème est limitée.

b) Nécessité d'un effet équivalant à celui d'une entente ou d'une pratique interdite

S'il est sans doute exact que la plupart sinon toutes les interventions étatiques en matière économique exercent une incidence sur les rapports concurrentiels, il ne s'ensuit pas qu'elles produisent nécessairement des effets identiques à ceux d'une entente ou d'une pratique interdites par les règles de concurrence. Ainsi, on ne saurait prétendre que des mesures de politique conjoncturelle telles que des mesures de blocage ou de limitation des hausses de prix produisent des effets identiques à ceux d'une entente interdite : de telles mesures ont pour objet de fixer des prix maximaux, alors que les ententes visées par l'article 85 sont

(2025) Voyez notamment les arrêts *Van Tiggele*, *Leclerc-livres*, *Leclerc-essence*, précités.

(2026) L'arrêt *BNIC c. Clair* offre un bon exemple d'une hypothèse de ce genre : la mesure en cause (fixation des prix de vente des vins à distiller pour la fabrication de cognac) n'était pas de nature à créer des entraves aux échanges contraires aux articles 30 et 34, mais fut jugée susceptible d'affecter le commerce entre États membres (dans la mesure où le cognac produit en France est commercialisé ailleurs dans la Communauté).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

celles qui fixent des prix minimaux ou fixes (2027). De même, une mesure consistant à exclure du remboursement par la sécurité sociale certaines spécialités pharmaceutiques n'est pas de celles qui peuvent faire l'objet d'une entente entre entreprises.

De nombreux autres exemples pourraient être donnés pour démontrer l'inexactitude de la thèse qui assimile les effets de toute intervention étatique dans l'économie à ceux d'une entente visée par l'article 85.

D'ailleurs, de nombreuses mesures publiques susceptibles de fausser la concurrence sont visées par des dispositions spécifiques du traité, telles que les articles 92 à 94, 101, 102, 107, alinéa 2. Même si de telles mesures pouvaient être considérées comme produisant les effets d'une entente, l'application de ces dernières dispositions exclura celle de l'article 5 en liaison avec les articles 85 et 86.

En outre, il faut tenir compte de ce que l'article 85 prévoit, en son paragraphe 3, la possibilité d'une exemption. Ainsi que la Cour l'a laissé entendre dans son arrêt *Leclerc-livres*, on ne saurait affirmer qu'un État manque aux obligations que lui impose l'article 5 s'il adopte une mesure produisant des effets équivalant à ceux d'une entente qui aurait pu être exemptée par la Commission. En effet, les paragraphes 1 et 3 de l'article 85 forment un tout indissociable (2028).

On ne saurait critiquer cette position en soutenant qu'elle est incompatible avec la répartition des compétences entre la Commission et les États membres en matière d'application de l'article 85 (2029). En effet, il ne s'agit pas ici de permettre aux États membres « de s'exempter eux-mêmes de l'application de l'article 85, paragraphe 1 », mais uniquement de déterminer l'étendue de leurs obligations en vertu de l'article 5, alinéa 2. Les États ne sont en effet pas directement assujettis à l'article 85.

Ainsi, la réserve introduite par la Cour dans l'arrêt *Leclerc-livres*, selon laquelle en l'absence de toute initiative de la Commission à l'égard d'accords purement nationaux de fixation de prix des livres, les obligations des États membres découlant de l'article 5 n'étaient pas « suffisamment déterminées » pour qu'on puisse leur reprocher l'adoption d'une législation du type de la « loi Lang » nous paraît devoir être approuvée.

Elle permet en effet d'éviter que, par une application rigide de l'article 5, des mesures étatiques ne soient considérées comme interdites, alors que leurs effets ne sont pas incompatibles avec l'article 85 envisagé dans son ensemble.

(2027) Nous n'avons pas connaissance d'un cas où la Commission ait condamné une entente fixant des prix maximaux. Nous doutons d'ailleurs que de telles ententes existent.

(2028) D. Waelbroeck, « Application des règles de concurrence du traité de Rome à l'autorité publique », *R.M.C.*, 1987, p. 25, 29.

(2029) Voyez pourtant en ce sens E. Paulis, « Les États peuvent-ils enfreindre les articles 85 et 86 du Traité C.E.E. ? », *J.T.*, 1985, p. 209, 219.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Nous voyons là une seconde raison pour considérer que l'ampleur du problème créé par la possibilité d'appliquer les articles 85 et 86 conjointement avec l'article 5, alinéa 2, à l'action des États est limitée. Ce ne sera en effet que dans les cas où il est établi que la mesure nationale produit des effets équivalant à ceux d'une entente ou d'une position dominante qui aurait été interdite par l'article 85 (considéré dans son ensemble) ou par l'article 86 en l'absence de la mesure étatique que cette dernière sera considérée comme constitutive de manquement.

Il est dès lors exagéré d'affirmer que la thèse de l'arrêt *Leclerc-livres* aboutit à priver les États membres de toute possibilité d'intervention en matière économique.

2. — La réalité politique et économique

Il ne paraît pas réaliste de présumer que, lorsque l'État restreint la concurrence, il le fait nécessairement dans l'intérêt général, de telle sorte qu'il serait légitime de le soumettre à un régime moins exigeant que celui qui s'applique aux entreprises. En effet, une telle conception ignore que, dans la vie économique contemporaine, la distinction entre l'État — représentant l'intérêt général — et les opérateurs économiques — représentant les intérêts privés — tend de plus en plus à s'estomper.

D'une part, l'État n'est plus l'arbitre impartial qu'il était jadis entre acteurs privés en concurrence les uns avec les autres mais il tend de plus en plus à devenir directement partie prenante au processus concurrentiel par l'entremise de ses entreprises publiques. Dès lors, il n'existe aucune raison de présumer que les réglementations qu'il édicté poursuivent nécessairement un objectif d'intérêt général plutôt que celui de promouvoir les intérêts des entreprises dans lesquelles il est directement intéressé.

D'autre part, la formation de la volonté de l'État est elle-même influencée dans une mesure croissante par les représentants de groupes de pression divers. Ceux-ci réussissent souvent à imposer l'adoption de mesures qui, quoique revêtues de l'apparence d'une mesure d'intérêt général, visent en fait à la protection d'intérêts particuliers. Dès lors, en fonction de leur poids politique ou des relations personnelles qu'ils entretiennent avec les dirigeants du moment, les opérateurs économiques désireux de restreindre la concurrence aboutissent souvent à leurs fins sans devoir recourir aux mesures qu'interdisent les articles 85 et 86.

Il serait dès lors injustifié d'appliquer deux poids et deux mesures à des phénomènes qui ne sont différents qu'en apparence. Tant l'équité que l'efficacité imposent de traiter toutes les restrictions de concurrence

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

sur le même pied, qu'elles aient leur origine dans une convention privée ou dans une mesure de l'autorité.

3. — La nécessité d'une application uniforme du droit communautaire de la concurrence

Il est clairement établi par la jurisprudence de la Cour de justice que les articles 85 et 86 sont directement applicables. Ils donnent naissance à des droits pour les individus. Comme toute disposition de droit directement applicable, ils doivent s'appliquer de manière uniforme dans l'ensemble de la Communauté.

Si l'on considérait qu'un État membre a la faculté d'adopter des mesures produisant des effets identiques à ceux d'un accord ou d'une pratique interdits par les règles de concurrence, on aboutirait à priver les ressortissants de cet État membre de droits qu'ils détiennent directement du traité.

On ne saurait objecter que le seul objet des règles de concurrence est de protéger les entreprises contre des restrictions trouvant leur origine dans des accords ou des pratiques et qu'il n'est dès lors pas porté atteinte à l'effet utile de ces règles lorsque l'État substitue sa propre autorité à celle d'un accord ou d'une pratique entre entreprises. Une telle conception de l'effet utile apparaît comme indûment restrictive (2030). Elle se concilie mal avec l'approche réaliste adoptée par la Cour en cette matière. Elle aboutit en somme à réduire l'effet utile des articles 85 et 86 à une question purement formelle : se trouve-t-on encore en présence d'un accord ou d'une pratique privée ? — au lieu d'examiner la question de fond : l'effet obtenu est-il le même que celui d'un accord ou d'une pratique ?

4. — L'argument déduit de la légitimité des monopoles nationaux

Il est exact que le traité n'interdit pas de manière absolue le maintien par les États membres de monopoles nationaux. Il n'interdit même pas la création de monopoles nouveaux ou l'extension de monopoles existants (2031).

Toutefois, la Cour de justice a apporté une limitation considérable à ce pouvoir dans la mesure où elle n'admet pas que le droit exclusif du

(2030) Y. Galmot et J. Biancarelli, article cité, p. 300, nous paraissent partager cet avis lorsqu'ils écrivent que le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Leclerc-livres* s'explique par le souci de « conférer un effet réellement utile » aux principes posés par les règles de concurrence.

(2031) C.J. 30 avril 1974, 155/73, *Sacchi*, *Rec.*, 1974, p. 409.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

monopole s'étende à l'importation ou à l'exportation (2032). Il s'ensuit que, pour être conforme au traité, un monopole national ne peut jamais être absolu ; il ne peut concerner que la production et doit toujours demeurer exposé à la concurrence par les importations en provenance d'autres États membres.

Il y a lieu de reconnaître que, même ainsi limité, un monopole national peut être susceptible d'affecter le commerce entre États membres au sens large donné à cette notion par la jurisprudence. Faut-il y voir la preuve que le traité a entendu réserver aux États membres le pouvoir de prendre des mesures produisant des effets identiques à ceux d'une pratique interdite par l'article 86 ?

Nous ne le pensons pas. En effet, l'article 86 n'interdit pas l'existence d'une position dominante ni même celle d'un monopole de fait complet. Il interdit seulement de renforcer ou de consolider une position dominante à l'aide de moyens non conformes à ceux qui gouvernent une concurrence normale sur la base des prestations des opérateurs économiques (2033).

Ainsi, il n'est pas interdit à une entreprise détentrice d'une position dominante d'accroître sa part de marché par d'autres moyens, notamment par croissance interne (2034). En principe, rien n'interdit qu'un tel renforcement aboutisse à la création d'un monopole de fait.

Il s'ensuit que si un État membre crée ou étend un monopole par voie d'autorité, il n'en résulte pas *ipso facto* un effet identique à celui d'un abus de position dominante interdit par l'article 86. Ceci ne signifie pas qu'une telle mesure ne pourra jamais être contestée. Une telle possibilité existe notamment s'il est établi que la mesure produit un effet équivalant à celui d'un abus de position dominante qui aurait été interdit en vertu de l'article 86 dans le chef de l'entreprise titulaire du monopole. Tel serait le cas notamment si, la Commission étant intervenue pour interdire l'extension de son monopole par l'entreprise elle-même, l'État décrétait cette extension par voie d'autorité.

Nous pensons dès lors que le fait que les États membres soient libres de créer ou d'étendre des monopoles nationaux ne signifie pas qu'ils disposent d'une liberté absolue de restreindre la concurrence aussi longtemps que, ce faisant, ils ne se mettent pas en infraction avec les dispositions du traité qui leur sont spécifiquement adressées.

(2032) C.J. 3 février 1976, 59/75, *Manghera*, *Rec.*, 1976, p. 91.

(2033) C.J. 21 février 1973, 6/72, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c. Commission*, *Rec.*, 1973, p. 215, 247 ; 13 février 1979, 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, *Rec.*, 1979, p. 461, 541.

(2034) Réponse de la Commission à la question écrite n° 385/75 de M. Scholten, *J.O.C.E.*, C 285 du 13.12.1975, p. 22.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

IV. — JUSQU'OU ALLER ?

Pour conclure, nous voudrions examiner les différentes hypothèses qui peuvent se présenter. Nous les rangerons en fonction de l'importance croissante de l'intervention de l'autorité publique dans le processus économique et indiquerons pour chacune d'elles la mesure dans laquelle une application des articles 85 et 86, en liaison avec l'article 5, alinéa 2, peut paraître justifiée.

1. Si la mesure étatique autorise, recommande ou favorise la conclusion d'ententes ou l'abus d'une position dominante, il est clair qu'elle contrevient à l'article 5, alinéa 2. Ceci est généralement admis (2035).

2. Si une mesure étatique renforce les effets d'une entente en l'étendant à des entreprises qui n'en font pas partie, il est également admis qu'elle va à rencontre de l'article 5, alinéa 2 (2036). On peut toutefois faire observer que, dans un cas de ce genre, le caractère obligatoire découle dorénavant de la mesure de l'État et non de l'entente primitive. En effet, en règle générale, en vue d'éviter toute différence de traitement, la mesure dite « d'extension » rend l'accord obligatoire pour les parties elles-mêmes en même temps qu'elle l'étend aux tiers.

3. Les divergences d'opinion se manifestent en ce qui concerne les mesures étatiques qui, en permettant aux opérateurs privés d'atteindre par voie de comportements unilatéraux les mêmes résultats qu'une entente, rendent inutile la conclusion d'accords interdits par l'article 85. Il résulte des arrêts *GB-Inno-BM* et *Leclerc-livres* que de telles mesures sont susceptibles de porter atteinte à l'effet utile de l'article 85 et sont par conséquent contraires à l'article 5, alinéa 2. De nombreux auteurs partagent ce point de vue (2037).

(2035) Voyez arrêt *GB-Inno-BM*, précité ; arrêt *Nouvelles Frontières*, précité ; G. Marenco, article cité, *R.T.D.E.*, 1984, p. 535-536 ; voyez aussi la réponse de la Commission aux questions posées par la Cour dans l'affaire *Leclerc-livres*, *Rec.*, 1985, p. 24.

(2036) Arrêt *Nouvelles Frontières* précité ; réponse précitée de la Commission aux questions de la Cour dans l'affaire *Leclerc-livres*, *ibid*.

(2037) P. Pescatore, « Public and Private Aspects in Recent Competition Cases before the Court of Justice », cité ; A. Vandencasteele, « Libre concurrence et intervention des États dans la vie économique », *Cah. dr. eur.*, 1979, p. 540, 546 et suiv. ; A. Pappalardo, « Measures of the State and Rules of Competition of the E.E.C. Treaty » ; Eleventh Annual Fordham Corporate Law Institute, 1985, p. 515, 540-541 ; M. R. Mok, Note sous l'arrêt *Leclerc-livres*, *S.E.W.*, 1986, p. 160, 162-163 ; P.J. Kuyper, Note sous l'arrêt *Leclerc-livres*, *C.M.L. Rev.* 1985, p. 787 ; E. Paulis, « Les États peuvent-ils enfreindre les articles 85 et 86 du traité C.E.E. ? » , cité ; P.-J. Slot, Note sous l'arrêt *Nouvelles Frontières*, *S.E.W.*, 1987, p. 258,260 ; D. Waelbroeck, « Application des règles de concurrence du traité de Rome à l'autorité publique », cité. Voyez aussi l'importante étude de M. le Juge Y. Galmot et de M. J. Biancarelli, « Les réglementations nationales de prix au regard du droit communautaire », *R.T.D.E.*, 1985, p. 269, 299 et suiv.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

À notre avis, une telle solution est pleinement justifiée, ainsi que nous l'avons déjà exposé. En effet, dans des cas de ce genre, le pouvoir de restreindre la concurrence est en quelque sorte délégué aux opérateurs économiques ; il ne s'agit pas d'un régime pleinement public mais d'un régime « semi-public », selon l'heureuse expression de *M. l'Avocat général Darmon* (2038). L'État n'exerce sur le niveau des prix fixés aucune « supervision active » (2039). Le risque qu'il soit recouru à de telles mesures dans le but de protéger certaines entreprises contre les interdictions des articles 85 et 86 est donc particulièrement grand.

4. Lorsque la mesure produit des effets analogues à ceux d'une entente, mais que son contenu est pleinement déterminé par l'autorité, la Cour considère qu'elle ne contrevient pas à l'article 5, alinéa 2 (2040). La responsabilité de la restriction de concurrence revient dans un tel cas, tout au moins formellement, à l'État seul, et non aux opérateurs privés, ce qui entraîne, selon la Cour, la « non-pertinence » des articles 85 et 86. Il en est ainsi apparemment même si la mesure étatique impose des obligations équivalentes à celles qui résulteraient d'une entente contraire à l'article 85.

Nous sommes tentés de pousser le raisonnement plus loin, surtout lorsque la mesure en apparence « publique » n'a d'autre but que de remplacer une entente existante (2041).

Nous avons vu en examinant la deuxième hypothèse ci-dessus qu'il existe un accord général pour considérer qu'il est interdit à un État de renforcer les effets d'un accord en étendant aux tiers les obligations qui en découlent. Comment peut-on admettre, dans ces conditions, qu'il lui soit permis de remplacer intégralement cet accord par une mesure publique ayant un contenu identique et applicable à tous les opérateurs du secteur ? La seule différence entre les deux hypothèses est que, dans la première, l'accord subsiste formellement (bien que puisant dorénavant sa force obligatoire dans une mesure publique) alors que, dans la seconde, il se trouve remplacé par une mesure publique de contenu identique. Il ne paraît pas réaliste de s'arrêter à de telles subtilités.

(2038) Conclusions dans l'affaire *Leclerc-livres*, *Rec.*, 1985, p. 10.

(2039) Aux États-Unis, la Cour Suprême admet que les États fédérés puissent restreindre la concurrence par des comportements produisant des effets équivalant à ceux d'accords interdits par le Sherman Act à condition d'exercer une « supervision active » sur le contenu des mesures ainsi adoptées : voyez la jurisprudence décrite par D. Waelbroeck, article cité, *R.M.C.*, 1987, p. 31 et 33-34. Adde l'arrêt du 13 janvier 1987 dans l'affaire *Liquor Corp. v. Thomas Duffy*, *55 US Law Week*, p. 4094, 13 janvier 1987.

(2040) Arrêt *Leclerc-essence*.

(2041) Telle était la situation dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt *Van Tiggele*. Toutefois, la question posée à la Cour ne concernait que l'interprétation de l'article 30, si bien que l'arrêt n'a pas dû prendre position à ce sujet. Dans ses conclusions, l'Avocat général Capotarti a estimé qu'il n'existait aucune violation de l'article 5, alinéa 2 (*Rec.*, 1978, p. 47-49).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

5. Plus délicate est l'hypothèse où il n'apparaît pas que la mesure publique restrictive de concurrence se substitue à un accord préexistant.

À notre avis, cette circonstance ne devrait pas suffire pour soustraire la mesure à tout contrôle au regard de l'article 5, alinéa 2. En effet, le point de savoir si une mesure prive les articles 85 et 86 de leur effet utile ne dépend pas de l'existence préalable d'un accord ou d'une pratique contraire à ces dispositions ; la mesure peut très bien introduire par elle-même un effet équivalant à celui d'un accord ou d'une pratique de ce genre.

Ainsi que nous l'avons exposé ci-dessus, nous ne pensons pas qu'en permettant d'intervenir à l'encontre de telles mesures on aboutisse à soumettre toute activité étatique dans le domaine de l'économie à une interdiction de principe. La mesure étatique devra être examinée quant à son contenu, les circonstances de son adoption, les objectifs poursuivis, afin de vérifier si elle est justifiée par des considérations d'intérêt général conformes aux objectifs du traité ou si elle ne vise en réalité qu'à protéger certaines catégories d'opérateurs économiques contre une concurrence réputée excessive. Il ne nous paraît pas qu'un tel contrôle soit plus difficile à exercer que celui que la Commission et la Cour appliquent dans d'autres domaines, notamment lorsqu'elles vérifient si une réglementation de commerce est justifiée par des « exigences impératives » d'intérêt public telles que l'efficacité des contrôles fiscaux ou la protection de la santé publique, de la loyauté des transactions commerciales ou des consommateurs (2042), ou si l'adoption de taux d'impositions intérieures différenciés pour des produits susceptibles d'entrer en concurrence les uns avec les autres poursuit des objectifs de politique économique compatibles avec des exigences du traité (2043).

Même lorsque la mesure apparaît comme inspirée par la volonté de protéger certains intérêts privés, elle ne sera pas automatiquement condamnée. En effet, il appartiendra à la Cour, conformément à la démarche adoptée dans l'arrêt *Leclerc-livres*, d'examiner si l'effet de la mesure est de ceux qui sont interdits en vertu d'une politique bien définie de la Commission lorsqu'ils sont le résultat d'accords ou de pratiques contraires aux articles 85 et 86.

L'adoption de la thèse défendue ici n'aboutira donc pas à la condamnation de toute forme d'intervention des États membres dans la vie écono-

(2042) C.J. 20 février 1979, 120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (« Cassis de Dijon »), *Rec.*, 1979, p. 649.

(2043) C.J. 10 octobre 1978, 148/77, *H. Hansen jun. & O.C. Balle GmbH & Co c. Hauptzollamt Flensburg*, *Rec.*, 1978, p. 1787 ; 14 janvier 1981, 140/79, *Chemial Farmaceutici c. DAF SpA*, *Rec.*, 1981, p. 1 ; 46/80, *SpA Vinal c. SpA Orbat*, *Rec.*, 1981, p. 77 ; 4 mars 1986, 106/84, *Commission c. Danemark*, non encore publié ; 7 avril 1987, 196/85, *Commission c. République française*, non encore publié.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

mique mais permettra uniquement d'éviter que certains opérateurs, par une manipulation habile des instruments du pouvoir, réussissent à se soustraire aux interdictions du traité. Elle assure une cohérence accrue dans l'application du droit communautaire, évitant que, selon la technique de droit public ou de droit privé utilisée, un même résultat soit réputé compatible avec le traité ou soit interdit. Compte tenu de la compénétration croissante des secteurs public et privé qui caractérise les économies contemporaines, nous pensons qu'une telle approche est indispensable pour assurer une application équitable et efficace du droit communautaire.

* * *

Toutefois, mon attente fut déçue. La Cour déclara clairement, dans un arrêt rendu l'année même où paraissait mon article, que les règles sur la libre circulation des marchandises ne visent que les mesures publiques et non les comportements d'entreprises (2044), tandis que la jurisprudence inaugurée dans l'affaire *GB-Inno-BM/ATAB* s'embourbait dans un marécage de réserves et de distinctions la rendant difficilement praticable (2045).

(2044) Arrêt du 1er octobre 1987, 311/85, *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus*, *Rec.* 1987, p. 3801.

(2045) Pour plus de détails, voy. l'exposé consacré à l'intervention de l'autorité publique dans le volume 4 de la deuxième édition du Commentaire J. Mégret que j'ai rédigé en collaboration avec Aldo Frignani, Bruxelles, 1997, pp. 147-155.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
4. - Autres interventions des États
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

5. *Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique*

Tout en me félicitant des progrès accomplis dans la voie d'une ouverture plus complète des marchés, je me suis toujours refusé à considérer la liberté du marché comme une exigence ayant valeur constitutionnelle. Je voyais plutôt dans la jurisprudence de la Cour le signe d'une volonté de ne pas autoriser les États membres à réglementer leurs marchés en ordre dispersé lorsque de telles interventions risquaient d'entraîner des distorsions des échanges et de la concurrence. Rien dans le traité ne s'opposait, selon moi, à ce que les États membres interviennent dans leurs économies, à condition de le faire dans un cadre communautaire.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

« Le traité CEE est-il neutre à l'égard des politiques économiques des Etats membres »,
Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Diez de Velasco,
1993, pp. 1297-1310.

1. Le traité C.E.E. oblige-t-il les États membres à avoir une économie de marché libre ? La « dérégulation » est-elle exigée par le droit communautaire ? Une économie socialiste est-elle compatible avec l'appartenance à la Communauté ?

Nous avons pensé que, vu le grand intérêt que notre jubilaire a toujours porté aux questions de droit public économique, il était approprié de consacrer quelques réflexions à ces questions dans l'étude que nous avons le plaisir de lui offrir.

2. Nous commencerons par décrire les dispositions du traité qui sont susceptibles d'apporter des éléments de réponse. Par la suite, nous examinerons la façon dont ces dispositions ont été interprétées au cours des années. Nous constaterons qu'après une première phase, caractérisée par une certaine prudence, les institutions communautaires, y compris la Cour de justice, ont eu recours dans une mesure grandissante aux règles du traité pour imposer aux États membres le respect des principes de l'économie de marché. Cette évolution ne s'est pas faite ouvertement au nom des principes du libéralisme économique. Dans leur démarche, les institutions ont pris soin de ne pas s'appuyer sur des doctrines politiques partisanes, mais de fonder leurs solutions sur les règles du traité lui-même. Parmi celles-ci, ce sont successivement celles relatives à la libre circulation des marchandises et des services ainsi que celles relatives à la libre concurrence auxquelles il a été fait recours. Enfin, en conclusion, nous nous demanderons s'il est permis de déduire de l'évolution constatée, comme on le fait parfois, que le traité, sans le dire expressément, interdit néanmoins en fait la mise en place d'une politique économique socialiste au sens propre du terme.

I. LES TEXTES APPLICABLES

3. Une lecture des dispositions du traité révèle que ses auteurs ont pris soin d'affirmer sa neutralité à l'égard des politiques économiques de États membres. Il découle de l'article 6 ainsi que des articles 103 à 109 que la politique économique est avant tout affaire des États, seules des consultations et une coordination étant prévues dans la mesure nécessaire pour garantir le bon fonctionnement du marché commun. L'article 222 affirme expressément que le traité « ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres », signifiant clairement par là qu'il ne s'oppose pas aux nationalisations. Cette conclusion est confirmée par

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'article 90 § 1, qui non seulement prévoit que les États membres peuvent maintenir des entreprises publiques mais leur permet même d'accorder à celles-ci des droits « spéciaux ou exclusifs ». Enfin, l'article 37 permet aux États membres de conserver les monopoles nationaux à caractère commercial existants, voire même d'en créer de nouveaux, leur seule obligation étant d'« aménager » ces monopoles de façon à ce que soit assurée l'exclusion de toute discrimination entre ressortissants quant aux conditions d'approvisionnement et de débouchés.

4. Une telle prudence s'explique aisément. Les gouvernements signataires avaient en effet à convaincre leur opinion publique, et notamment les partis de gauche, que l'entreprise européenne n'était pas une machine de guerre capitaliste. À l'encontre de l'accusation selon laquelle l'Europe communautaire était une « Europe du Vatican », il fallait signifier clairement à l'opinion publique que l'appartenance à la démocratie chrétienne de plusieurs pères de l'Europe (2046) ne signifiait pas que la politique économique future devrait se conformer à certains modèles préétablis.

II. LA PREMIÈRE ÉTAPE : PRUDENCE CONFIRMÉE

5. Au cours d'une première étape, qui dura jusque vers 1975, la prudence des institutions communautaires à l'égard des choix de politique économique nationale fut confirmée.

6. Ainsi, la contestation élevée à l'encontre de la nationalisation de la production et de la distribution de l'énergie électrique par le gouvernement italien d'« ouverture à gauche » fut rejetée par la Cour de Justice dans son arrêt *Costa c/ Enel* du 15 juillet 1964 (2047). La Cour affirma expressément qu'il n'était pas contraire aux dispositions relatives à la liberté d'établissement de réserver la production d'énergie électrique en Italie à un organisme public, une telle mesure n'étant pas discriminatoire puisqu'elle excluait de l'activité considérée tant les ressortissants d'autres États membres que les ressortissants italiens (2048).

7. De même, les mesures adoptées par la France à la suite des difficultés économiques qui suivirent les événements de mai 1968 furent reçues

(2046) On songe notamment à Alcide de Gasperi et à Konrad Adenauer.

(2047) Affaire 6/64, *Rec.*, X, p. 1141.

(2048) La Cour rejeta aussi les critiques fondées sur l'article 37, l'article 93 et l'article 102 du traité.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

avec beaucoup de compréhension à Bruxelles (2049) et ne firent l'objet de contestation que sur des aspects marginaux (2050).

8. Dans son arrêt *Sacchi* du 30 avril 1974, la Cour affirmait explicitement que le traité ne s'oppose pas à ce que les États membres, pour des considérations d'intérêt public, de nature non économique, soustraient certaines activités au jeu de la concurrence en conférant le droit exclusif de les exercer à un ou plusieurs établissements (2051). Il s'ensuit qu'il n'est pas interdit aux États membres de créer un monopole au profit d'une entreprise, ni même d'étendre le champ d'application de ce monopole pour y inclure des activités précédemment exercées librement.

9. Au cours de cette première phase, la Commission, fidèle à la thèse énoncée dans la Directive 70/50 sur la suppression des mesures d'effet équivalent (2052), n'attaquait pas comme contraires à l'article 30 du traité les mesures nationales qui, bien que susceptibles de produire un effet restrictif sur les importations, étaient, d'un point de vue formel, indistinctement applicables aux produits importés et aux produits nationaux. Cette interprétation restrictive de l'article 30 du traité avait pour objet de laisser aux États membres une large liberté pour adopter des mesures régissant la composition, la fabrication, le conditionnement, la présentation et la commercialisation des produits (2053).

10. La Commission était ainsi en mesure de répondre avec bonne conscience aux critiques exprimées par certains parlementaires européens à l'égard de « l'esprit très nettement libéral qui caractérise le Traité de Rome », que le cadre établi par celui-ci était « suffisamment large pour admettre un degré plus ou moins grand de libéralisme ou de dirigisme » (2054).

III. LA DEUXIÈME ÉTAPE : LES CONTRAINTES RÉSULTANT DE L'OUVERTURE DES MARCHÉS

11. Dès 1976, les signes d'un changement d'attitude des institutions communautaires commencent à apparaître. La neutralité adoptée à

(2049) Voy. la décision du Conseil du 20 juillet 1968 accordant à la France le concours mutuel en vertu de l'article 108 du traité, *J.O.C.E.*, n° L 189 du 1er août 1968.

(2050) Voy. les décisions adoptées par la Commission interdisant l'octroi de crédits préférentiels à l'exportation qui ont fait l'objet de l'arrêt du 10 décembre 1969, affaires jointes 6 et 11/69, *Commission c/ France*, *Rec.*, 1969, p. 523.

(2051) Affaire 155/73, *Rec.*, 1974, p. 409, attendu 14.

(2052) Directive 70/50 du 22 décembre 1969, *J.O.C.E.*, n° L 13 du 19 janvier 1970, p. 29.

(2053) M. Waelbroeck, *Les réglementations nationales de prix et le droit communautaire*, Bruxelles, 1975.

(2054) Voy. réponse à la question écrite n° 191/69 de M. Glinne, *J.O.C.E.*, n° C 132 du 15 octobre 1969, p. 5.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'égard de mesures nationales n'entravant pas directement les importations ou les exportations cède la place à une analyse plus critique, s'attachant à examiner l'effet concret de la mesure sur les échanges plutôt que sa structure formelle. Le résultat de cette approche est de conduire à une libéralisation accrue du marché. Toutefois, cette libéralisation ne constitue pas un objectif en soi, mais un moyen permettant d'ouvrir les frontières.

12. C'est ainsi que l'on voit les règles sur la libre circulation des marchandises invoquées avec succès pour s'opposer à l'application de réglementations nationales sur les prix, qu'elles soient discriminatoires (2055) ou indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés (2056), qu'elles comportent l'imposition d'un prix minimum ou d'un prix fixe (2057), d'une marge bénéficiaire maximale (2058), d'un prix maximum (2059) ou d'un délai d'attente préalable à toute augmentation des prix (2060).

Certes, la Cour n'interdit pas toute mesure de contrôle des prix. Reconnaissant que les États poursuivent en la matière un objectif de politique économique — matière non encore « communautarisée » — elle refuse de considérer toute intervention de leur part comme interdite. Mais lorsque — comme c'est souvent le cas — un système de contrôle des prix apparaît de nature à favoriser la production nationale en rendant l'écoulement des produits importés inintéressant ou moins profitable pour les opérateurs économiques que l'écoulement des produits nationaux, elle n'hésite pas à intervenir pour assurer la prééminence du principe de libre circulation des marchandises (2061). Même si cette jurisprudence réserve en principe le pouvoir des États membres de contrôler l'évolution des prix, elle n'en a pas moins pour effet de grandement diminuer l'efficacité pratique des réglementations nationales en la matière.

13. La possibilité pour les États membres de réglementer la commercialisation des produits s'est, elle aussi, vu fortement limitée à la suite de

(2055) Voy. article 2 § 3 de la Directive 70/50 ; voy. aussi l'arrêt du 29 novembre 1983, affaire 188/82, Roussel, *Rec.*, 1983, p. 3849 ; l'arrêt du 10 janvier 1985, aff. 229/85, *Leclerc c/ Au Blé Vert*, *Rec.*, 1985, p. 2.

(2056) Arrêts du 26 février 1976, aff. 65/75, *Tasca*, *Rec.*, 1976, p. 29 ; affaires jointes 88 à 90/75, *SADAM*, *ibid.*, p. 323.

(2057) Arrêt du 24 janvier 1978, aff. 82/77, *Van Tiggele*, *Rec.*, 1978, p. 25 ; 29 janvier 1985, aff. 231/83, *Cullet c/ Centre Leclerc*, *Rec.*, 1985, p. 306.

(2058) Arrêt du 5 juin 1985, aff. 116/84, *Roelstraete*, *Rec.*, 1985, p. 1706. Mais voy. l'arrêt du 7 juin 1983, aff. 78/72, *Commission c/ Italie*, 1983, p. 1955.

(2059) Outre les arrêts *Tasca et Sadam* précités, voy. l'arrêt du 18 octobre 1979, aff. 5/79, *Buys*, *Rec.*, 1979, p. 3203, et l'arrêt du 6 novembre 1979, affaires jointes 16 à 20/79, *Danis*, *Rec.*, 1979, p. 3327 ; *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, 1981, p. 5, et note M. Waelbroeck.

(2060) Arrêt *Danis* précité.

(2061) Voy. de manière générale sur le sujet : M. Waelbroeck, « Réglementations nationales des prix et droit communautaire », *Revista Jurídica de Catalunya*, 1987, núm. 3, p. 43.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'interprétation large donnée par la Cour à la notion de « mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative » dans le célèbre arrêt *Cassis de Dijon* (2062). Il résulte de cette jurisprudence qu'une mesure nationale, même indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés, contrevient à l'article 30 si elle produit en pratique un effet restrictif sur les importations et si elle n'est pas justifiée par une « exigence impérative » d'intérêt général (2063).

Cette jurisprudence a joué un rôle considérable dans la libération des marchés d'un grand nombre de réglementations tatillonnées dont l'utilité était depuis longtemps dépassée et qui, même si elles n'avaient pas toujours un objectif protectionniste, n'en produisaient pas moins un tel effet (2064).

14. L'approche adoptée dans la jurisprudence *Cassis de Dijon*, qui consiste en l'adoption d'un véritable « principe d'équivalence » entre réglementations nationales, n'est pas restée confinée aux échanges de marchandises, mais a été étendue à la libre prestation des services. Ainsi, les arrêts *Van Wesemael* (2065) et *Webb* (2066) obligent les États membres à accepter l'exercice sur leurs territoires d'une activité réglementée par un ressortissant d'un autre État membre qui détient dans ce deuxième État une licence délivrée à des conditions comparables à celles exigées dans le pays d'accueil, lorsque ces activités sont soumises, dans l'État où il est établi, à une surveillance adéquate, quel que soit l'État membre dans lequel il exerce son activité.

15. Le pouvoir des États membres de maintenir des monopoles nationaux d'importation s'est vu sérieusement limité par l'arrêt *Manghera* du 3 février 1976 (2067). Alors que le texte de l'article 37 n'exige qu'un « aménagement » de ces monopoles, la Cour considère que l'objectif d'ex-

(2062) Arrêt du 20 février 1979, affaire 120/78, *Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, *Rec.*, 1979, p. 649.

(2063) Voy., de manière générale, sur cette jurisprudence : P. Oliver, *Free Movement of Goods in the E.E.C.*, Londres, 1982 ; M. Waelbroeck, « Mesures d'effet équivalent, discrimination formelle et matérielle dans la jurisprudence de la Cour de Justice », *Liber amicorum Frédéric Dumon*, Anvers, 1983, t. II, p. 1329 ; G. Marenco, « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative », *Cah. Dr. eur.*, 1984, p. 291 ; L. Defalque et G. Vandersanden, « La notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative (article 30 du traité C.E.E.) », *J.T.*, 1984, p. 489 ; M. Waelbroeck, « Le rôle de la Cour de Justice dans la mise en œuvre de l'Acte Unique Européen », *Cah. dr. eur.*, 1989, p. 41, 47 à 52 ; M. López Escudero, *Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea*, Grenade, 1991.

(2064) Que l'on songe notamment à la réglementation sur la forme du conditionnement de la margarine en cause dans l'affaire *Rau*, arrêt du 10 novembre 1982, aff. 261/81, *Rec.*, 1982, p. 3961 ; ou à celle relative à la teneur minimum en matière sèche du pain en cause dans l'affaire *Kelderman*, arrêt du 19 février 1981, aff. 130/80, *Rec.*, 1981, p. 527.

(2065) Arrêt du 18 janvier 1979, affaires jointes 110 et 111, *Van Wesemael*, *Rec.*, 1979, p. 35.

(2066) Arrêt du 17 décembre 1981, aff. 279/80, *Webb*, *Rec.*, 1981, p. 3305.

(2067) Affaire 59/75, *Rec.* 1976, p. 91.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

clure « toute discrimination entre ressortissants des États membres quant aux conditions d'approvisionnement et de débouchés » exige la suppression, dans les relations entre États membres, des droits exclusifs d'importation de ces monopoles. Selon la Cour, l'objectif de non-discrimination ne serait pas atteint si, dans un État membre où un monopole commercial existe, la libre circulation des marchandises d'autres États membres de même nature que celles faisant l'objet du monopole national n'était pas assurée. Il s'ensuit que, si les monopoles nationaux d'importation ne sont pas interdits, leur portée est grandement réduite puisque le droit exclusif, caractéristique essentielle du monopole, ne peut plus être invoqué à l'égard de produits provenant d'autres États membres.

IV. LA TROISIÈME ÉTAPE : LES CONTRAINTES RÉSULTANT DE L'IMPÉRATIF DE CONCURRENCE NON-FAUSSÉE

16. À la libéralisation induite par les impératifs du libre échange s'est ajoutée, depuis 1984, une insistance accrue de la part des institutions communautaires sur la nécessité de voir garantir, dans l'ensemble de la Communauté, un régime de concurrence non faussée. Il ne s'agit plus uniquement d'assurer la libre circulation *entre* États membres mais d'éviter que des distorsions de concurrence internes à un État membre ne portent atteinte aux objectifs du traité.

Cette évolution se manifeste de trois manières.

En premier lieu, on constate que, par une interprétation large de la notion d'aide étatique, les institutions communautaires s'arrogent le pouvoir de contrôler, au nom de l'exigence d'égalité des conditions de concurrence, les prises de participation des pouvoirs publics dans les entreprises.

En second lieu, l'obligation résultant pour les États membres de l'article 5 alinéa 2 — et confirmée, en ce qui concerne leurs rapports avec les entreprises publiques, par l'article 90 (1) — de ne pas porter atteinte à l'effet utile des règles de concurrence permet à la Cour d'exercer son contrôle sur le fonctionnement — et même dans certains cas sur la création — des monopoles nationaux même dans les cas où l'article 37 est inapplicable.

Enfin, en renonçant à toute exigence de discrimination, qu'elle soit formelle ou matérielle, comme condition d'application de l'interdiction de l'article 30, la Cour aboutit à ce que toute mesure nationale susceptible de toucher les importations soit jugée à l'une des « exigences impératives » — qu'elle a seule compétence pour définir — alors même que la mesure serait dénuée de tout effet protecteur en droit ou en fait.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

ASPECTS DE DROIT MATÉRIEL

A) La notion d'aide d'État et les participations étatiques dans le capital des entreprises

17. L'article 92 du traité soumet au contrôle de la Commission toute aide accordée par les États ou au moyen de ressources d'État, sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres.

Dans son arrêt *Intermills* du 14 novembre 1984 (2068), la Cour a approuvé la thèse de la Commission selon laquelle une aide d'État peut consister en une prise de participation par l'État ou par une autorité publique dans le capital d'une entreprise.

Elle a ajouté, dans son arrêt *Meura*, qu'en vue de vérifier s'il en est ainsi, il convient d'examiner les possibilités pour l'entreprise d'obtenir les sommes en cause sur les marchés privés des capitaux. Dans le cas d'une entreprise dont le capital est détenu par les autorités publiques, il convient notamment d'apprécier « si, dans des circonstances similaires, un associé privé se basant sur les possibilités de rentabilité prévisibles, abstraction faite de toute considération de caractère social ou de politique régionale ou sectorielle, aurait procédé à un tel apport de capital » (2069). À cet égard, la Cour distingue la situation « d'une entreprise qui connaît des difficultés passagères, mais qui, le cas échéant, après une restructuration, serait en mesure de retrouver sa rentabilité », de celle « d'une entreprise qui, au moment de l'apport, accusait depuis plusieurs années des pertes importants par rapport à son chiffre d'affaires, dont la survie avait déjà exigé, à plusieurs reprises, que les autorités publiques reconstituent le capital social complètement épuisé, et dont les produits devaient être écoulés sur un marché caractérisé par une supercapacité » (arrêt *Meura* précité, attendus 14 et 15).

Dans les récents arrêts *ENI-Lanerossi* et *Alfa Romeo*, la Cour a ajouté une précision supplémentaire : la qualification d'un investissement public en tant qu'aide doit se faire en fonction du comportement qu'aurait un investisseur privé d'une taille comparable à celle des organismes gérant le secteur public. En effet, le comportement d'un tel investisseur pourrait être influencé par d'autres préoccupations que celles qui caractérisent un investisseur ordinaire, telles que le souci de maintenir l'image de marque du groupe ou de réorienter ses activités. Elle a toutefois conclu qu'en l'espèce la prise de participation publique n'avait pas été déterminée par des considérations analogues à celles qui auraient pu influencer un groupe privé (2070).

(2068) Affaire 323/82, *Rec.*, 1984, p. 1809 ; *Cah. Dr. eur.*, 1986, p. 161, note M. Dony.
(2069) Arrêt du 10 juillet 1986, aff. 234/84, *Rec.*, 1986, p. 2263.
(2070) Arrêts du 21 mars 1991, C-303/84, *Rec.*, 1991, I, p. 1433, et C-305/89, *Rec.*, 1991, p. 1603.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Forte de cet appui, la Commission a entrepris de définir les cas dans lesquels une prise de participation étatique peut être présumée équivaloir à une aide (2071). Elle considère notamment qu'il y a « présomption d'aide » lorsque la prise de participation est effectuée dans un secteur confronté à des difficultés particulières, même si elle se fait dans des circonstances qui seraient acceptables pour un investisseur privé. La Commission justifie cette sévérité par la nécessité d'effectuer une surveillance totale des prises de participation dans les secteurs souffrant de surcapacité structurelle, même lorsqu'il s'agit d'opérations effectuées dans des conditions n'impliquant normalement pas un élément d'aide.

On ne saurait nier que cette attitude donne lieu à une certaine discrimination à l'encontre des investisseurs publics (2072). En effet, leurs investissements, même lorsqu'ils sont réalisés aux conditions du marché, dans des secteurs atteints de surcapacité, devront être notifiés à la Commission et seront « présumés » constituer une aide, alors que le même investissement peut librement être effectué par une entreprise privée.

Dans l'exercice de son contrôle sur les prises de participation étatiques, la Commission ne s'en tient pas aux seules modalités financières. Il lui arrive de soumettre son autorisation à l'acceptation par l'État et l'entreprise en cause de modifications de structure fondamentales. Ainsi, dans sa décision SABENA du 24 juillet 1991 (2073), la Commission a subordonné l'autorisation de recapitaliser la société SABENA à la condition que l'État belge s'engage à fonder les nouveaux statuts de la compagnie sur le droit commercial privé, qu'il renonce à toute possibilité d'intervenir pour des raisons autres que commerciales et qu'il accepte de ne pas souscrire à une augmentation future de capital sans qu'un « partenaire industriel » souscrive de façon « significative » à cette augmentation.

On constate, dans cette évolution, un parti pris certain en faveur de l'économie de marché. Les investissements publics ne sont certes pas interdits, mais ils doivent s'effectuer dans des conditions permettant d'assurer que la concurrence avec les entreprises privées ne soit pas faussée. Des pans entiers de l'arsenal de l'interventionnisme étatique viennent ainsi à s'écrouler.

(2071) *Bull. C.E.*, 9/84, n° 3.5.1 et suiv. Voy. aussi la communication relative à l'application des articles 92 et 93 du traité et de l'article 5 de la Directive 80/723 aux entreprises publiques du secteur manufacturier, *J.O.C.E.*, n° C 273 du 18 octobre 1991, p. 2 et suiv.

(2072) Voy. notamment les critiques émises à cet sujet par le Centre Européen de l'Entreprise publique, *Europe*, 14 novembre 1990, p. 13, et les arguments des gouvernements italien et espagnol dans les affaires C-303/88 et C-305/89, *ENI/Lanerossi* et *Alfa Romeo* précitées.

(2073) *J.O.C.E.*, n° L 300 du 31 octobre 1991, p. 48.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

B) Les monopoles nouveaux et l'article 90 (1) du traité

18. L'arrêt *Leclerc* du 10 janvier 1985 (2074) a clairement établi le principe selon lequel la combinaison de l'article 3 (f) et de l'article 5, alinéa 2 avec les articles 85 et 86 du traité entraîne l'interdiction pour les États membres d'utiliser leurs pouvoirs d'intervention en matière économique de manière à porter atteinte à l'effet utile des règles de concurrence.

À l'origine limitée à l'article 85, l'application de cette jurisprudence a été étendue depuis peu à l'article 86. En outre, l'article 90 (1) concrétisant les obligations découlant de l'article 5, alinéa 2, la Commission et la Cour ont pu transposer le raisonnement sous-tendant l'arrêt *Leclerc* aux relations avec les entreprises publiques et les entreprises titulaires de droits spéciaux ou exclusifs.

19. Le premier signe de l'évolution signalée ci-dessus s'est produit avec l'arrêt *Bodson c/ Pompes Funèbres* (2075) où la Cour rejette l'argument des concessionnaires de pompes funèbres selon lequel les prix excessifs qu'il leur était reproché d'avoir pratiqués ne pouvaient être considérés comme abusifs puisqu'ils étaient prévus dans des cahiers de charges faisant partie des concessions conclues avec les communes. La Cour commence par constater que les concessions en cause sont des contrats, ce qui implique que le niveau des prix était imputable aux entreprises. Elle ajoute que l'article 90 (1) oblige les autorités publiques à ne pas édicter ni maintenir des « mesures » contraires aux règles du traité, et notamment à l'article 86, et qu'il leur est donc interdit « d'aider les entreprises concessionnaires à pratiquer des prix non équitables en imposant de tels prix comme une condition d'un contrat de concession ».

L'arrêt *Bodson* ne met pas en cause l'existence du monopole, mais la façon dont il est exercé ; il est néanmoins important dans la mesure où il établit clairement l'obligation pour les autorités publiques de ne pas influencer le comportement de leurs entreprises dans une voie contraire à l'article 86.

20. Par la suite, tout en prenant la précaution d'affirmer que le simple fait de créer une position dominantes par l'octroi d'un droit exclusif n'est pas, en tant que tel, incompatible avec le traité, la Cour a appliqué les dispositions combinées de l'article 90 (1) et de l'article 86 d'une façon qui aboutissait à mettre en cause l'existence même du monopole ou son extension par voie d'autorité à des activités précédemment non couvertes.

(2074) Précité. Ce principe avait déjà été énoncé par l'arrêt du 16 novembre 1977, *GB-Inno-BM*, affaire 13/1977, p. 2115, attendus 31 et 32, mais la Cour n'en avait pas à l'époque tiré toutes les conséquences.

(2075) CJ, 4 mai 1988, aff. 30/87, *Rec.*, 1988, p. 2479, attendus 32 à 34.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

21. Ainsi, dans l'arrêt *Telecom* du 19 mars 1991, elle souligne que, même si l'article 90 présuppose l'existence d'entreprises titulaires de certains droits spéciaux ou exclusifs, il ne s'ensuit pas pour autant que tous les droits spéciaux et exclusifs sont nécessairement compatibles avec le traité (2076).

En l'occurrence, elle déclare que les droits exclusifs d'importation, de commercialisation, de raccordement, de mise en service d'appareils terminaux de télécommunication et d'entretien de tels appareils étaient contraires au traité.

S'agissant des droits exclusifs d'importation et de commercialisation, elle constate que leur existence prive les opérateurs économiques de la possibilité de faire acheter leurs produits par les consommateurs alors que, vu la diversité et la technicité de ces produits, il n'était pas assuré que le détenteur du monopole serait en mesure d'offrir la gamme complète des modèles existant sur le marché, d'informer les clients sur l'état et le fonctionnement de tous les terminaux et de garantir leur qualité (2077).

S'agissant des droits exclusifs de raccordement, de mise en service et d'entretien, elle considère que, dans un marché où les marchandises circulent librement dans des conditions de concurrence non faussées, leur maintien ne saurait se justifier, dès lors que le droit exclusif de commercialisation est aboli (2078).

Enfin, elle invoque la nécessité de préserver le système de concurrence non faussée pour en déduire l'obligation pour les États de confier à un organisme indépendant des concurrents sur le marché la tâche de formaliser les spécifications auxquelles doivent répondre les appareils terminaux, de contrôler leur application et de les agréer. En effet, confier une telle responsabilité à une entreprise qui commercialise elle-même des appareils terminaux reviendrait « à lui conférer le pouvoir de déterminer, à son gré, quels sont les appareils terminaux susceptibles d'être raccordés au réseau public et à lui octroyer ainsi un avantage évident sur ses concurrents » (2079).

22. Dans son arrêt *Elliniki Radiofonia Tileorassi* du 18 juin 1991 (2080), la Cour s'est inspirée de considérations similaires, mais en les appliquant au domaine de la libre prestation des services. Elle affirme que l'octroi par un État membre d'un droit exclusif de retransmission d'émissions de télé-

(2076) Arrêt du 19 mars 1991, aff. C-202/88, *République française c/ Commission*, *Rec.*, 1991, I, p. 1223, attendu 22.

(2077) Attendus 33 à 35.

(2078) Attendus 41 à 43.

(2079) Attendu 51.

(2080) Aff. C-260/89, pas encore publié au *Recueil*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

vision à une entreprise ayant un droit exclusif de diffusion est contraire à l'article 90 (1) du traité « lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à enfreindre l'article 86 du traité par une politique d'émission discriminatoire en faveur de ses propres programmes » (2081). Ce n'est donc pas la façon dont le droit de retransmission est exercé qui entraîne la contravention au traité, mais son existence même, et ce en raison de la « situation » ainsi créée, qui pourrait « amener » l'entreprise de télévision à enfreindre l'article 86.

23. L'arrêt *RTT* (2082) se fonde sur la jurisprudence selon laquelle constitue un abus au sens de l'article 86 « le fait, pour une entreprise détenant une position dominante sur un marché donné, de se réserver, sans nécessité objective, une activité auxiliaire qui pourrait être exercée par une entreprise tierce dans le cadre des activités de celle-ci sur un marché voisin, mais distinct » (2083) pour en conclure que lorsque l'extension de la position dominante résulte d'une mesure étatique, une telle mesure constitue une violation de l'article 90 en liaison avec l'article 86, à moins que la restriction de concurrence en résultant puisse « être regardée comme justifiée par une mission de service public d'intérêt économique général » (2084). Selon l'arrêt, l'article 90 (1) interdit aux États membres de mettre les entreprises publiques et celles auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs dans une situation dans laquelle elles « ne pourraient se placer elles-mêmes par des comportements autonomes sans violer les dispositions de l'article 86 » (2085). C'est donc l'extension de l'exclusivité en tant que telle qui enfreint le traité, et non la façon dont l'exclusivité est exercée.

24. L'arrêt *Höfner* s'en prend, par un raisonnement quelque peu différent, à l'existence même du droit exclusif. Selon cet arrêt, lorsqu'un État accorde un droit exclusif à une entreprise qui n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché, et lorsque l'exercice effectif de ces activités par des sociétés privées est rendu légalement impossible, il en résulte une infraction à l'article 90 (1) dans la mesure où, en agissant ainsi, l'État crée une situation dans laquelle le titulaire du droit est « nécessairement amené à contrevenir aux termes de l'article 86 » et notamment la lettre *(b)* de cette disposition (2086).

(2081) Attendu 37.
(2082) Arrêt du 13 décembre 1991, aff. C-18/88, pas encore publié au *Recueil*.
(2083) Arrêt du 3 octobre 1985, aff. 311/84, *CBEM*, *Rec.* 1985, p. 3261, attendu 27.
(2084) Attendus 21 et 22.
(2085) Attendu 20.
(2086) Arrêt du 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner et Elser c/ Macrotron*, pas encore publié au *Recueil*, attendus 30 à 34.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

25. Une variation supplémentaire sur ce thème nous est fournie par l'arrêt *Port de Gênes* (2087). L'affaire concernait la compatibilité avec le traité d'une réglementation italienne accordant à une entreprise le monopole des opérations portuaires du port de Gênes. L'application de cette réglementation avait empêché, en raison de grèves des travailleurs de la compagnie portuaire, le débarquement de marchandises importées de République Fédérale d'Allemagne, bien qu'un débarquement direct eût pu être effectué par le personnel du navire. La Cour constate qu'il apparaît des circonstances que la réglementation italienne amenait les entreprises portuaires « soit à exiger le paiement de services non demandés, soit à facturer des prix disproportionnés, soit à refuser de recourir à la technologie moderne, soit à octroyer des réductions de prix à certains utilisateurs avec compensation comitante de ces réductions par une augmentation de prix facturés à d'autres utilisateurs » (2088), tous comportements visés aux lettres *(a)*, *(b)* et *(c)* de l'article 86. Dans ces conditions, elle conclut qu'en adoptant la réglementation litigieuse, la République Italienne « crée une situation contraire à l'article 86, et enfreint dès lors l'article 90 du traité » (2089).

26. La même orientation se reflète dans les arrêts *Delattre* et *Monteil* relatifs au monopole de vente des pharmaciens (2090), quoique ces arrêts ne se fondent pas sur l'article 90 mais sur l'article 30 du traité. La Cour déduit de sa jurisprudence antérieure (2091) « qu'un monopole, conféré aux pharmaciens d'officine pour la commercialisation de médicaments ou d'autres produits, par le fait qu'il canalise les ventes, est susceptible d'affecter les possibilités de commercialisation des produits importés ». Un tel monopole sera interdit par l'article 30 du traité s'il ne peut être justifié par l'un des intérêts généraux mentionnés à l'article 36 du traité ou par la nécessité de protéger les consommateurs (2092).

27. L'arrêt *Nederlandse Omroepproduktie Bedrijf* (2093) mérite aussi d'être signalé dans ce contexte. L'affaire concernait la compatibilité avec le traité de l'obligation faite aux organismes néerlandais de radiodiffusion et de télévision de recourir aux moyens techniques du NOB pour la réalisation de leurs programmes de radiodiffusion et de télévision.

(2087) Arrêt du 10 décembre 1991, aff. C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, pas encore publié au *Recueil*.

(2088) Attendu 19.

(2089) Attendus 20 et 23.

(2090) Arrêt du 21 mars 1991, affaire C-369/88, *Delattre*, *Rec.*, 1991, I, p. 1487, et affaire c-60/89, *Monteil*, *Rec.*, 1991, I, p. 1547.

(2091) Arrêts du 15 décembre 1982, affaire 286/81, *Oosthoek*, *Rec.*, 1982, p. 4575, et du 16 mai 1989, affaire 382/87, *Buet*, *Rec.*, 1989, p. 1235.

(2092) Attendus 38 et 39.

(2093) Arrêt du 25 juillet 1991, aff. C-353/89, *Commission c/ Pays-Bas*, pas encore publié au *Recueil*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Le gouvernement néerlandais faisait valoir que ce régime préférentiel déployait ses effets restrictifs dans la même mesure à l'égard des entreprises de service, autres que le NOB, établies aux Pays-Bas, et à l'égard des entreprises établies dans les autres États membres. La Cour rejeta cet argument, considérant qu'il n'était pas de nature à exclure le régime préférentiel dont bénéficiait le NOB du champ d'application de l'article 59 du traité. En effet, « il n'est pas nécessaire que toutes les entreprises d'un État membre soient avantagées par rapport aux entreprises étrangères. Il suffit que le régime préférentiel mis en place bénéficie à un prestataire national » (2094).

Cet arrêt paraît indiquer un revirement par rapport à l'arrêt *Costa c/ E.N.E.L.*, même s'il est exact que ce dernier concerne l'article 52, et non l'article 59 (2095). En effet, le fait que l'existence du monopole empêche l'exercice de l'activité considérée tant par les ressortissants nationaux (autres que le titulaire du monopole) que par ceux d'autres États membres ne suffit pas à lui enlever son caractère discriminatoire, du moment que le monopole est conféré à une entreprise nationale. Cet arrêt remet en outre en cause la compatibilité avec le traité des monopoles de prestation de services, surmontant ainsi les hésitations qui avaient caractérisé la jurisprudence au cours des années précédentes (2096).

28. Il serait téméraire de vouloir déduire de cette jurisprudence une condamnation générale des monopoles nationaux de production de biens ou de services. L'arrêt *Höfner* prend soin de ne pas condamner la création du monopole en elle-même, mais l'incapacité du monopole à faire face à la demande provenant du marché. De même, l'arrêt *Port de Gênes* condamne les différents abus auxquels se livrait la compagnie portuaire mais non l'existence même du droit exclusif qu'elle détenait.

On ne saurait cependant minimiser l'importance de ces arrêts. En effet, dans de nombreux secteurs de l'économie, un régime de concurrence paraît mieux en mesure de permettre de satisfaire la demande qu'un monopole. En portent témoignage tant l'arrêt *Höfner* — où le titulaire du monopole lui-même avait reconnu son incapacité et tolérait les activités concurrentes — que l'arrêt *Port de Gênes* — où le propriétaire du navire s'était vu interdire de faire effectuer le débarquement par son personnel alors que les travailleurs de la compagnie portuaire étaient en grève. Dans ces cas, l'existence du monopole paraissait susceptible d'« amener » l'entreprise en cause, « par le simple exercice du droit exclusif qui lui est conféré, à exploiter sa position dominante de façon abusive » ou de « créer une situation dans laquelle cette entreprise est

(2094) Attendu 25.
(2095) Voy. à ce sujet n° 6 ci-dessus.
(2096) Arrêt du 28 juin 1983, aff. 271/81, *Coopérative du Béarn*, *Rec.*, 1983, p. 2057.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

amenée à commettre un tel abus », pour reprendre les termes des arrêts *Höfner* (2097), *Elliniki Radiofonia Tileorassi* (2098) et *Port de Gênes* (2099).

C) La renonciation à toute exigence de discrimination dans le cadre de l'article 30 du traité

29. Il était possible de considérer que la jurisprudence Cassis de Dijon se fondait sur la notion de discrimination matérielle, dans la mesure où les réglementations étatiques en cause dans ces affaires, quoique indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés, empêchaient l'importation ou la rendaient plus onéreuse (2100). Il résulte de certains arrêts récents que la Cour n'exige plus pour l'application de l'article 30 l'existence d'une discrimination, même en entendant cette notion dans son acception la plus large. Depuis peu, en effet, la Cour considère toute mesure entravant les échanges intracommunautaires comme interdite, sauf si elle est justifiée par une exigence impérative compatible avec le droit communautaire, et cela même si elle produit un effet exactement identique sur les échanges intérieurs.

30. Cette nouvelle tendance se manifeste pour la première fois dans l'arrêt *Cinéthèque* du 11 juillet 1985 (2101). La Cour considère dans cette affaire, contrairement aux conclusions de son avocat général, qu'une réglementation française limitant la durée pendant laquelle il est permis de vendre des vidéocassettes, quoique indistinctement applicable aux vidéocassettes nationales et aux vidéocassettes importées et n'ayant pas pour effet de favoriser la production nationale par rapport à la production des autres États membres, entraîne une entrave aux échanges intracommunautaires au sens de l'article 30 du traité du fait des disparités entre les régimes applicables dans les différents États membres. La Cour n'admet la compatibilité de cette réglementation que parce qu'elle n'allait pas au-delà de ce qui était nécessaire pour assurer l'objectif — compatible avec le droit communautaire — d'encourager la production cinématographique.

31. Cette orientation a été confirmée par l'arrêt du 23 février 1988 dans l'affaire des *Succédanés de lait en poudre et de lait concentré* (2102). La

(2097) Attendu 29.
(2098) Attendu 37.
(2099) Attendu 14.
(2100) Voy. G. Marenco, article cité ; M. Waelbroeck, *op. cit.*, in *Liber Amicorum F. Dumon*, p. 1329.
(2101) Affaires jointes 60 et 61/84, *Rec.*, 1985, p. 2605.
(2102) Arrêt du 23 février 1988, affaire 216/84, *Commission c/ République française*, *Rec.*, 1988, p. 793.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Commission avait introduit contre la République française un recours visant à faire reconnaître qu'en interdisant l'importation et la vente de succédanés de lait en poudre et de lait concentré, sous quelque dénomination que ce soit, la République française avait manqué à ses obligations en matière de libre circulation des marchandises. La Cour examine si l'interdiction peut être justifiée par des exigences impératives tenant à la défense des consommateurs, à la protection de la santé ou aux objectifs de la politique agricole commune. Ayant abouti à une conclusion négative, elle déclare la législation française contraire au traité. Pourtant, la mesure française n'avait ni pour objet ni pour effet de protéger une production nationale particulière : elle protégeait le lait en tant que tel, à savoir un aliment qui est produit dans l'ensemble de la Communauté. Quant aux succédanés, dont la vente en France était interdite, il s'agit de produits que l'industrie française est en mesure de fabriquer aussi bien que les industries d'autres États membres (2103).

32. L'arrêt *Warner Brothers* montre que l'approche adoptée dans les affaires précitées n'est pas fortuite (2104). Il soumet à l'épreuve des « exigences impératives » une réglementation danoise qui n'avait aucun lien avec l'importation mais se limitait à exiger à l'autorisation de l'auteur pour la mise en location de vidéocassettes, quelle que soit l'origine de celles-ci.

33. Les conséquences de cette jurisprudence sont considérables. En effet, il en résulte que pratiquement toute réglementation nationale susceptible de produire un effet quelconque sur les importations, même lorsqu'elle produit exactement le même effet sur la vente des produits nationaux, n'est compatible avec l'article 30 du traité que si elle répond aux conditions de l'article 36 ou aux exigences impératives telles que la Cour les définit. Les pouvoirs de police commerciale des États membres se trouvent ainsi soumis à la tutelle communautaire du seul fait qu'ils sont susceptibles de porter sur des produits ou services dont certains sont originaires d'autres États membres.

34. Cette jurisprudence a été poussée à ses limites extrêmes dans l'affaire *Torfaen Borough Council c/ B. & Q. plc*, où était mise en cause la compatibilité avec l'article 30 d'une législation interdisant l'ouverture de commerces de détail le dimanche (2105).

(2103) Voy. dans le même sens que l'arrêt du 23 février 1988, celui du 14 juillet 1988, affaire 298/87, *Smanor*, *Rec.*, 1988, p. 4489, et celui du 11 mai 1989, affaire C 76/866, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, *Rec.*, 1989, p. 1021.

(2104) Arrêt du 17 mai 1988, affaire 158/86, *Warner Brothers*, *Rec.*, 1988, p. 2605.

(2105) Arrêt du 23 novembre 1989, affaire 145/88, *Rec.*, 1989, p. 3851.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La Cour constate que la réglementation en cause était indistinctement applicable aux produits importés et aux produits nationaux et qu'elle ne rendait pas la commercialisation des produits importés d'autres États membres plus difficile que celle des produits nationaux. Rappelant ensuite que, selon l'arrêt *Cinéthèque*, une telle interdiction n'est compatible avec le principe de la libre circulation des marchandises qu'à la condition que les entraves éventuelles qu'elle cause aux échanges communautaires n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'objectif visé et que cet objectif soit justifié au regard du droit communautaire, elle commence par examiner si la réglementation en cause poursuit un but justifié au regard du droit communautaire. Ayant abouti à une réponse affirmative sur ce point, elle affirme que la tâche de vérifier que les effets de la réglementation ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé relève de l'appréciation des faits par la juridiction nationale (2106).

L'extension potentielle donnée par cet arrêt au champ d'application de l'article 30, ainsi que le caractère indéterminé du mandat conféré aux juridictions nationales, ont causé, comme on pouvait se l'imaginer, une vive émotion au Royaume-Uni, où de nombreuses voix se sont élevées pour critiquer la solution retenue par la Cour.

35. Sans doute sensible à ces critiques, la Cour a quelque peu infléchi sa jurisprudence dans deux arrêts postérieurs concernant la compatibilité avec le traité de réglementations belge et française interdisant d'occuper des travailleurs salariés dans les commerces de détail le dimanche. La Cour ne modifie pourtant pas son approche de principe. Elle commence par vérifier si la mesure est justifiée par un objectif légitime. Toutefois, ayant abouti à une conclusion positive sur ce point, elle ne renvoie pas la vérification du caractère « nécessaire » de l'entrave à l'appréciation de la juridiction nationale, mais affirme elle-même que « les effets restrictifs qui peuvent éventuellement découler d'une telle réglementation ne paraissent pas excessifs au regard du but poursuivi » (2107).

V. CONCLUSION

36. Les considérations qui précèdent ont montré que, à de nombreux égards, les dispositions du traité C.E.E., telles qu'elles sont interprétées par la Commission et par la Cour de justice, exercent un effet « libérateur » sur l'économie. Les États ne peuvent plus recourir souverainement, comme ils le faisaient dans le passé, à plusieurs instruments classiques

(2106) Attendus 11 à 16.

(2107) Arrêts du 28 février 1991, aff. C-312/89, *Conforama*, *Rec.*, 1991, I, p. 997, et aff. C-332/89, *Marchandise*, *Rec.*, 1991, I, p. 1027.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de l'interventionnisme économique, tels que les aides et les prises de participation publiques dans les entreprises. Les monopoles nationaux voient soumis au contrôle de la Communauté l'exercice de leurs droits exclusifs, voire mettre en question leur existence même. L'application de réglementations nationales du commerce ou de mesures de contrôle des prix se voient de plus en plus souvent contestées avec succès.

37. Faut-il en conclure que le principe du libre marché a valeur constitutionnelle en droit communautaire et que le traité en impose le respect aux États membres comme aux institutions ?

Ce serait aller trop loin.

À notre avis, si les mesures adoptées par les États ont été condamnées dans les cas que nous avons examinés, ce n'est pas parce que la Cour récuse toute forme d'interventionnisme, mais bien parce que des interventions effectuées en ordre dispersé, sans coordination entre elles, ne peuvent qu'avoir un effet négatif pour le fonctionnement du marché unique. Telle est la raison pour laquelle de nombreuses réglementations du commerce et des prix ont été déclarées contraires à l'article 30. Quant aux monopoles nationaux, le fait qu'ils ont été condamnés comme contraires à la liberté des échanges ou de la concurrence ne signifie pas que la Cour adopterait la même attitude à l'égard d'un monopole créé, pour des raisons d'intérêt public, par la Communauté elle-même.

38. En 1969, M. Hans von der Groeben, alors Vice-Président de la Commission, écrivait que le fait que le traité compte essentiellement sur la concurrence et la division internationale du travail comme moyen d'atteindre les objectifs qu'il prévoit n'exclut pas la nécessité d'une coordination des interventions étatiques par la Communauté afin d'accroître leur efficacité et d'éviter des distorsions de concurrence (2108).

Vingt ans plus tard, ces paroles restent vraies. Toutefois, l'action coordinatrice de la Communauté est demeurée limitée dans les faits, en grande partie en raison de la résistance des États membres. Dès lors, les mesures nationales se voient de plus en plus souvent mises en question, sans que des mesures de remplacement soient adoptées à l'échelle de la Communauté.

Le « néo-libéralisme » qui apparaît dans les décisions de la Commission et de la Cour n'a donc pas un caractère dogmatique mais ne constitue que le constat de l'incompatibilité de la situation existante avec les exigences d'un marché unique. Il ne s'ensuit pas que, le jour où les États membres renonceront à vouloir réglementer leurs économies en ordre dispersé

(2108) Hans von der Groeben, in *Droit des Communautés européennes*, *Les Novelles*, Bruxelles, 1969, n° 1997.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

et accepteront de doter la Communauté de moyens suffisants pour lui permettre de mener une véritable politique commune, cette politique devra nécessairement refléter une conception économique préétablie.

* * *

Dans une conférence à l'Université de Cordoue, peu de temps avant que la Commission n'annonce les réformes véritablement révolutionnaires qui devaient aboutir à l'adoption du règlement n° 1/2003 du Conseil, je m'efforçai de faire le bilan des trente-cinq premières années de la politique communautaire de concurrence. J'y exprimais l'avis qu'il importait surtout de renforcer l'efficacité du contrôle des aides et autres interventions publiques, les cartels ne me paraissant plus poser un risque aussi grave que jadis pour le fonctionnement du marché.

« Trente-cinq années de politique communautaire de la concurrence »,
Cuestiones actuales de derecho comunitario europeo, Cuadernos de derecho internacional,
n° 9, 1998, pp. 329-341.

Il peut être utile, plus de trente-cinq ans après l'entrée en vigueur du règlement n° 17 (2109), d'essayer de dresser le bilan de l'action accomplie. Nous examinerons à cette occasion si les objectifs de la politique de concurrence communautaire en la matière sont aujourd'hui clairement définis, si les moyens que le Traité contient pour mettre en œuvre ces objectifs sont adéquats et s'ils ont été utilisés à bon escient, et enfin s'il ne conviendrait pas de les renforcer afin de permettre de lutter contre des phénomènes restrictifs de concurrence qui, à l'heure actuelle, échappent à toute surveillance.

1. LES OBJECTIFS DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE

Il apparaît de plus en plus nettement que la Commission européenne, principale institution chargée de la mise en œuvre des règles de concurrence du Traité, prend conscience que le véritable objectif de la politique de concurrence est l'amélioration de l'efficacité du processus écono-

(2109) Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du Traité, *J.O.C.E.* n° 35 du 10 mai 1962.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

mique et, par là, l'accroissement du bien-être général. Toutefois, dans la poursuite de cet objectif, la politique de concurrence doit tenir compte de ce que la construction européenne poursuit également d'autres objectifs, tels que la promotion de l'emploi, la stabilité des prix, la cohésion économique et sociale, la protection de l'environnement, l'encouragement de la recherche et du développement, la protection des consommateurs, le renforcement de la compétitivité de l'industrie européenne, etc. Il ne s'agit pas là d'objectifs de la politique de concurrence en tant que tels. Certains d'entre eux (tel que le maintien de l'emploi) peuvent même entrer en conflit avec elle, tout au moins dans le court terme. Néanmoins, la Commission doit en tenir compte dans toute la mesure du possible.

Une des tâches essentielles de la politique de concurrence est d'assurer que le cadre dans lequel les entreprises garantissent qu'elles prendront leurs décisions en fonction de leur propre perception de leurs intérêts. La politique de concurrence constitue, en effet, un élément essentiel d'une économie de marché. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, qui fait de la libre concurrence une des pierres angulaires de l'édifice communautaire (2110), la politique de concurrence a un rôle prépondérant à jouer dans le cadre communautaire. Toute intervention dirigiste, qu'elle émane des gouvernements des États membres ou de la Communauté elle-même, risque de porter atteinte à ce principe fondamental du Traité.

Ceci étant dit, il peut être utile d'ajouter quelques mots au sujet de la relation entre politique de concurrence et intégration européenne, laquelle constitue le but ultime de l'action des institutions (2111). Dans la plupart des cas, cette relation est de nature synergétique. En effet, l'ouverture des économies des États membres a naturellement pour conséquence d'accroître la concurrence entre des entreprises qui, précédemment, opéraient dans un cadre protégé. Celles qui jouissaient d'une position dominante sur leurs marchés nationaux, aussi longtemps que ceux-ci étaient à l'abri des importations, se trouvent exposées à la concurrence et se voient dès lors contraintes d'accroître leur efficacité pour pouvoir survivre. Les consommateurs voient leur possibilités de choix s'élargir et ils sont en mesure de profiter des prix plus bas qui leur sont offerts par les fournisseurs d'autres pays. Il en résulte une meilleure allocation des ressources et une augmentation de l'efficacité du processus économique, ce qui est conforme à l'objectif de la politique de concurrence.

(2110) Voyez article 4 du Traité C.E., tel que modifié par le Traité de Maastricht (nouvelle numérotation résultant de la version consolidée publiée à la suite de la signature du Traité d'Amsterdam).

(2111) Ceci résulte clairement du premier alinéa du préambule du Traité C.E., qui affirme la détermination des États signataires d'établir les fondations d'une union toujours plus étroite entre les peuples d'Europe.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Toutefois, l'ouverture des marchés n'entraîne pas dans tous les cas une efficacité économique accrue. Ainsi, lorsque les conditions de concurrence auxquelles les entreprises sont soumises sont artificiellement faussées par des mesures nationales à caractère interventionniste telles que des aides d'États, des réglementations de prix, des politiques encourageant l'achat de produits nationaux, des régimes fiscaux discriminatoires ou des fluctuations brusques et imprévisibles des taux de change, l'ouverture des économies nationales peut avoir pour effet de créer des distorsions de concurrence, plutôt que de permettre une concurrence fondée sur la qualité des prestations (competition on the merits).

S'il est vrai que le Traité prévoit différents moyens pour remédier à ces problèmes (2112), ceux-ci n'ont qu'une efficacité limitée.

Dans ces conditions, quelle doit être l'attitude des autorités chargées de faire respecter les règles de concurrence ? Faut-il qu'elles permettent aux entreprises de se protéger, le cas échéant par l'adoption de pratiques restrictives de concurrence, dans la mesure nécessaire pour rétablir des conditions « équitables » de concurrence ? De tout temps, les autorités communautaires ont répondu négativement à cette question (2113). Elles n'ont pas été convaincues par l'argument selon lequel le fait de permettre la liberté des importations et des exportations dans de tels cas ne favorise pas nécessairement les entreprises les plus efficaces. Leur attitude a probablement été influencée par la considération que, si elles cédaient devant les demandes des opérateurs économiques défavorisés par ces distorsions, cela reviendrait en fait à légitimer des mesures gouvernementales contraires à l'objectif du Traité et diminuerait l'intensité de la pression pesant sur les gouvernements concernés en vue de les éliminer.

On peut en conclure que, s'il n'est pas exclu qu'une certaine tension puisse apparaître entre l'objectif d'intégration des marchés et celui d'accroître l'efficacité économique, une telle tension n'est que temporaire. À long terme, une fois que les marchés seront pleinement intégrés, il n'y aura plus de raisons de craindre que des mesures gouvernementales non coordonnées puissent aboutir à des distorsions de concurrence.

2. LES MOYENS EXISTANTS

Le Traité met à la disposition des institutions communautaires différents moyens en vue de réaliser les objectifs de la politique de concur-

(2112) Voy. notamment les articles 87 à 97 du traité C.E. (nouvelle numérotation).

(2113) Voyez, entre autres, les arrêts de la Cour de justice dans les affaires *Sterling Drug* (arrêt du 31 octobre 1974, aff. 16/74, *Rec.*, p. 1183), *BMW/Belgium* du 12 juillet 1979, aff. jtes 32 et 36-82/78, *Rec.* p. 2435 et *Merck* du 14 juillet 1981, aff. 187/80, *Rec.*, p. 2063 et du 5 décembre 1996, aff. C-267 et 268/95, *Rec.*, p. I-6285, ainsi que la décision de la Commission dans l'affaire *Distillers* du 20 décembre 1977, *J.O.C.E.*, n° L50 du 22 février 1978.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

rence. Nous examinerons ici principalement ceux de ces moyens qui sont de nature à intéresser le plus directement les entreprises : d'une part, l'article 81 (2114), qui interdit (sous réserve d'exemption) les accords, décisions et pratiques concertées restrictives de concurrence et l'article 82 (2115), qui interdit l'exploitation abusive d'une position dominante.

A. L'article 81

Cet article énonce, d'une part, en son paragraphe premier, une interdiction générale des accords restrictifs de concurrence et prévoit, d'autre part, en son paragraphe 3, la possibilité d'exempter les accords dont la contribution au progrès économique l'emporte sur les inconvénients concurrentiels. Cette structure bipartite, combinée avec l'obligation prévue par le règlement n° 17 pour tous les opérateurs économiques de notifier leurs accords s'ils souhaitent pouvoir bénéficier d'une exemption pour ceux-ci, a entraîné de la part de la Commission une tendance à interpréter l'interdiction du paragraphe 1er d'une manière extrêmement large, tout en octroyant les exemptions prévues au paragraphe 3 de manière relativement généreuse. Ainsi, la Commission a, depuis l'origine, eu tendance à considérer que tout accord qui entraîne une restriction de la liberté d'action d'une des parties entraîne nécessairement, de ce fait, une restriction de concurrence, même si, envisagée globalement, l'incidence de l'accord sur la concurrence est positive.

Cette interprétation obligeait les entreprises à notifier à la Commission de nombreux accords ne présentant aucun risque sérieux pour la concurrence.

Depuis longtemps, cette interprétation « mécaniste » a fait l'objet de critiques (2116).

Depuis quelques années, cependant, on peut constater que les décisions de la Commission font preuve d'un plus grand réalisme. Avant de conclure à l'effet restrictif d'un accord, la Commission se livre à une analyse approfondie du fonctionnement du marché et de l'effet que l'accord notifié produit sur celui-ci (2117).

À cet égard, la Commission a suivi les indications que lui donnait la Cour de justice dans sa jurisprudence. Ainsi, cette dernière a souligné à plusieurs reprises que, même s'il en résulte une restriction de la liberté

(2114) Nouvelle numérotation. Ancienne numérotation : article 85.

(2115) Nouvelle numérotation. Ancienne numérotation : article 86.

(2116) Le regretté René Joliet a été parmi les premiers à exprimer ces critiques : *The Rule of Reason in Anti-trust Law*, Liège, 1967.

(2117) Voyez notamment la décision *Elopak/Metal Box Odin* du 13 juillet 1990, *J.O.C.E.*, n° L209 du 8 août 1990, p. 15.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'action du concédant, l'octroi d'une exclusivité à un distributeur ou à un licencié n'entraîne pas automatiquement une restriction de concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1er ; si l'exclusivité est nécessaire pour permettre la pénétration sur un nouveau marché ou pour protéger l'investissement dans une nouvelle technologie, elle ne soulèvera pas d'objections sur le plan de la concurrence (2118). De même, la Commission se refuse à considérer que les accords d'achats exclusifs sont interdits *per se* mais insiste sur la nécessité de se livrer à un examen des effets d'un tel accord (et des accords parallèles similaires) sur le marché avant de se prononcer sur sa légalité (2119).

Tenant compte de cette jurisprudence, la Commission a petit à petit renoncé à son approche consistant à assimiler toute restriction de la liberté d'action à une restriction de concurrence. Elle ne considère plus, par exemple, que les dispositions des accords de savoir-faire interdisant l'utilisation de la technologie concédée après l'expiration de l'accord restreignent la concurrence (2120). Elle se montre davantage disposée à reconnaître que des engagements de non-concurrence assumés par les parties à un accord créant une entreprise commune, de même que les restrictions imposées à l'entreprise commune elle-même, n'entraînent pas de restriction indépendante mais présentent un caractère accessoire par rapport à l'entreprise commune, de telle sorte qu'elles ne doivent pas faire l'objet d'une justification individuelle (2121). Elle adopte une interprétation plus restreinte de la notion de concurrence potentielle, ce qui lui permet de considérer comme tombant en dehors du cadre de l'article 81, paragraphe 1er, de nombreux accords de coopération, même s'ils sont conclus entre firmes d'une taille importante (2122). Elle reconnaît que des associations temporaires de travail entre entreprises concurrentes en vue d'accomplir une tâche spécifique n'entraînent pas de restriction de concurrence si aucune des entreprises participantes n'aurait été capable d'entreprendre le projet par elle-même (2123). Elle insiste davantage que dans le passé sur la nécessité d'établir que, même lorsqu'un accord peut

(2118) Voyez notamment les arrêts *Technique minière* du 30 juin 1966, aff. 56/65, *Rec.*, p. 337 ; *Semences de maïs* du 8 juin 1982, aff. 258/78, *Rec.*, p. 2015 et *Coditel II* au 6 octobre 1982, aff. 262/81, *Rec.*, p. 3381.

(2119) Voyez l'arrêt *Delimitis* du 28 février 1991, aff. C-234/89, *Rec.*, p. I-935.

(2120) Comparer l'approche adoptée dans la décision *Kabelmetal-Luchaire* du 18 juillet 1975, *J.O.C.E.*, nº L222 du 22 août 1975, p. 34 avec l'article 2 (1) (3) du règlement nº 240/96.

(2121) Communication de la Commission concernant l'appréciation des entreprises communes coopératives au titre de l'article 85 du Traité, *J.O.C.E.*, nº C43 du 16 février 1993, page 2, paragraphes 65-76.

(2122) Voyez par exemple la décision *Elopak/Metalbox Odin* citée *supra* à la note 9.

(2123) Voyez décision *Eurotunnel* du 24 octobre 1988, *J.O.C.E.*, nº L311 du 17 novembre 1988, p. 36 ; *Alcatel/ANT Nachrichtentechnik* du 12 janvier 1990, *J.O.C.E.*, nº L32 du 2 mars 1990, p. 19 ; *International Private Satellite Partners* du 15 décembre 1994, *J.O.C.E.*, nº L354 du 31 décembre 1994, p. 75.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

être considéré comme produisant un effet restrictif, cet effet doit être perceptible (2124).

Certes, la situation n'est pas parfaite. Souvent, la Commission a encore tendance à appliquer le paragraphe 1er mécaniquement à tout accord restreignant la liberté d'action des parties plutôt que d'examiner si la restriction en cause porte réellement atteinte au fonctionnement du marché. Toutefois, on ne peut nier que tant la Commission que la Cour ont été sensibles aux critiques dont a fait l'objet cette attitude excessivement étroite tant dans la doctrine que de la part des milieux d'affaires et des praticiens, et que ceci a entraîné des résultats significatifs.

B. L'article 82 (2125)

L'interprétation de l'article 82 soulève trois catégories de problèmes. Il s'agit, en premier lieu, de s'entendre sur le sens à donner à l'expression « position dominante ». En deuxième lieu, la notion d'abus donne lieu à certaines difficultés d'interprétation. Enfin, la relation causale devant exister entre position dominante et abus est de nature à soulever des interrogations.

a) La notion de position dominante

Dans leur interprétation de l'article 82, la Commission, le Tribunal de première instance et la Cour de justice ont tendance à se fonder principalement sur la part de marché détenue par l'entreprise en cause, au point que, dans l'affaire *AKZO*, la Cour de justice a été jusqu'à affirmer qu'une part de marché de 50 pour cent entraîne une présomption de l'existence d'une position dominante (2126). En outre, la Commission et les juridictions communautaires adoptent une conception très étroite de marchés des produits en cause. Un exemple célèbre est celui de l'affaire *BBI/Boosey & Hawkes*, dans lequel la Commission a considéré comme pertinent « le marché des instruments à vent en cuivre utilisés dans les orchestres de cuivres de style britannique » (2127). Une conception moins pittoresque, mais néanmoins extrêmement étroite, a été retenue dans l'affaire *Tetra Pak II*, dans laquelle la Commission a distingué 4 marchés différents :

- le marché des machines pour l'emballage aseptique de produits alimentaires liquides en carton ;
- le marché correspondant des cartons ;

(2124) Voyez affaire *GEC/Plessey*, *J.O.C.E.*, nº L239 du 25 septembre 1990, p. 2 ; décision *BNP/Dresdner Bank* du 24 juin 1996, *J.O.C.E.*, nº L188 du 27 juillet 1996, p. 37.

(2125) Nouvelle numérotation. Ancienne numérotation : article 86.

(2126) Arrêt du 3 juillet 1991, aff. C-62/86, *Rec.*, p. I-3359. Heureusement, dans le domaine du contrôle des concentrations, la Commission adopte une analyse plus fine.

(2127) Décision du 29 juillet 1987, *J.O.C.E.*, nº L286, du 9 octobre 1987, p. 36.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

– le marché des machines pour l'emballage non-aseptique de produits alimentaires liquides en carton ;
– le marché correspondant des cartons (2128).

Des définitions aussi étroites ne sont pas critiquables en elles-mêmes, aussi longtemps qu'il est tenu compte des pressions concurrentielles que peuvent exercer les entreprises situées dans des marchés voisins. Alors que la Commission entreprend généralement cet examen dans ses décisions rendues en application du règlement sur le contrôle des concentrations, plusieurs de ses décisions au titre de l'article 82 s'abstiennent de le faire (2129).

À notre avis, il serait souhaitable que la Commission adopte dans l'application de l'article 82 le même mode d'analyse que celui qu'elle utilise dans le domaine du contrôle des concentrations.

b) La notion d'abus

L'article 82 a deux faces : il interdit, d'une part, les pratiques « anticoncurrentielles », c'est-à-dire celles qui visent à empêcher ou rendre plus difficile l'accès des concurrents au marché et, d'autre part, les pratiques « d'exploitation », telle l'imposition de prix excessifs ou de conditions inéquitables aux consommateurs. Il est reconnu depuis longtemps (2130) que ces deux aspects relèvent de considérations opposées. Ainsi, si une entreprise en position dominante recourt à des pratiques d'exploitation, il en résultera une incitation accrue pour les concurrents potentiels à surmonter d'éventuelles barrières à l'accès et entrer en concurrence directe avec l'entreprise dominante. On peut donc dire, en un certain sens, que l'abus-exploitation a un effet pro-concurrentiel.

Le fait que ces deux aspects ne sont pas toujours distingués explique le caractère quelquefois confus du raisonnement de nombreuses décisions de la Commission et de la Cour appliquant l'article 82.

Si cette disposition était à réécrire, la première chose à faire serait de préciser qu'elle ne s'applique qu'à l'abus anticoncurrentiel. L'abus-exploitation devrait être régi par une disposition distincte concernant les

(2128) Décision du 24 juillet 1991, *J.O.C.E.*, n° L72 du 18 mars 1992, p. 1 ; recours rejeté par arrêt *TPI* du 6 octobre 1994, aff. T-83/91, *Rec.*, p. II-755 ; pourvoi rejeté par arrêt de la Cour du 14 novembre 1996, aff. C-333/94P, *Rec.*, p. I-5951.

(2129) Ainsi, dans l'affaire *Tetra Pak II*, la Commission et le Tribunal de première instance ont considéré que le fait que, pour occasionner un passage d'un système d'emballage fondé sur le carton vers un autre système d'emballage en influençant les habitudes des consommateurs, un processus « long et coûteux » serait nécessaire empêchait la prise en considération des pressions provenant des marchés voisins sur la position que Tetra Pak détenait dans le secteur de l'emballage aseptique en carton.

(2130) Voyez, entre autres, R. Joliet, *Monopolization and Abuse of Dominant Position*, Liège, 1970.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

monopoles publics, dans la mesure où l'existence de ceux-ci peut encore être justifiée dans certains secteurs par des considérations d'intérêt public (2131).

c) Relation causale

Depuis l'affaire *Continental Can* (2132), il est de jurisprudence constante que l'application de l'article 82 ne suppose pas l'existence d'une relation causale entre l'abus et la position dominante. Cette solution paraît justifiée. En effet, toute action ayant pour effet de consolider ou de renforcer une position dominante existante par des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence fondée sur la qualité des prestations doit être interdite si l'on veut maintenir une dose suffisante de concurrence sur le marché. Le fait que cette action aurait tout aussi bien pu être accomplie par une entreprise ne disposant pas d'une position dominante ne signifie pas qu'elle ne porte pas atteinte à la structure de la concurrence lorsqu'elle émane d'une entreprise dominante.

Ce qui précède suppose que le comportement qualifié d'abusif a lieu sur le même marché que celui sur lequel la position dominante est établie. Dans la mesure où le comportement se produit sur un marché différent, il paraît justifié d'exiger une certaine relation causale avec la position dominante. Sinon, les entreprises risqueraient de voir limiter sérieusement leur liberté d'action sur des marchés n'ayant aucun lien avec celui sur lequel elles disposent éventuellement d'une position dominante. Un tel résultat irait au-delà de ce qu'impose la nécessité de maintenir la concurrence sur le marché.

Dans l'affaire *Tetra Pak II*, la Commission a considéré dans sa communication de griefs que le fait que Tetra Pak avait une position dominante sur les marchés aseptiques l'obligeait à conformer sa conduite sur les marchés non-aseptiques aux exigences de l'article 82, ce qui paraissait vouloir dire qu'aucun lien entre le marché « dominé » et le marché où le comportement a lieu n'était exigé. Toutefois, dans la suite de la procédure, cette attitude assez « extrémiste » s'est sensiblement infléchie. Ainsi, dans la décision rendue dans cette affaire, la Commission a insisté sur les liens qui existaient entre les deux marchés. À cet égard, elle a souligné que les produits étaient les mêmes et que de nombreux opérateurs étaient actifs simultanément sur les deux marchés, tant du côté de l'offre que de la demande. Elle a aussi attaché de l'importance au fait que Tetra Pak était en mesure de financer les ventes à pertes sur le marché non-aseptique moyennant les bénéfices réalisés dans leur secteur aseptique. Cette position a été approuvée par le Tribunal de Première Instance dans

(2131) On pourrait penser à modifier l'article 90 en ce sens.
(2132) Arrêt du 21 février 1973, aff. 6/72, *Rec.*, p. 215.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

son arrêt du 6 octobre 1994 (2133). Enfin, dans l'arrêt rendu sur pourvoi de Tetra Pak le 14 novembre 1996 (2134), la Cour a expressément affirmé que l'application de l'article 86 à un comportement sur un marché autre que celui où existe la position dominante ne peut se justifier qu'en la présence de circonstances spéciales — qu'en l'espèce elle a considéré être réunies — établissant que l'entreprise en cause jouit d'une liberté d'action que n'ont pas ses concurrents sur ce marché distinct.

La Cour paraît ainsi exiger qu'il existe un lien de causalité entre la position dominante et son abus, lorsque celui-ci se produit sur un marché différent. Cette position doit être approuvée pour les raisons indiquées ci-avant.

3. FAUT-IL RENFORCER LES MOYENS EXISTANTS ?

Au cour des trente-cinq dernières années, la Communauté s'est dotée de tout un arsenal de moyens permettant de lutter efficacement contre les restrictions de concurrence d'origine privée. Un pas d'une extrême importance a été accompli par l'adoption du règlement n° 4064/89 sur le contrôle des concentrations entre entreprises (2135). Au cour de la même période, elle a progressivement renoncé à la priorité quasiment absolue qu'elle donnait à la poursuite des restrictions territoriales convenues ou imposées dans le cadre de contrats de distribution pour se consacrer davantage à la répression des cartels horizontaux dont les effets restrictifs sur la concurrence et les échanges sont beaucoup plus sérieux. Même si de tels cartels continuent à exister aujourd'hui, la politique rigoureuse suivie par la Commission à leur égard, ainsi que le risque d'amendes extrêmement élevées auxquelles s'exposent les entreprises qui s'adonnent à ces pratiques, ont réduit dans une mesure considérable leur efficacité en tant qu'instruments permettant de contrôler le processus économique. En effet, afin de pouvoir fonctionner correctement, un cartel doit prévoir non seulement des obligations en matière de prix mais aussi des mécanismes permettant de contrôler efficacement l'offre. Or, sans une discipline rigoureuse, qui ne peut être assurée qu'au moyen de mesures contraignantes, les participants au cartel seront tentés de tricher, par exemple en produisant plus que les quantités qui leur sont allouées afin de bénéficier des prix de marché artificiellement élevés que le cartel permet de réaliser, causant ainsi plus ou moins rapidement l'échec du cartel. Cette possibilité de triche — et sont effet négatif sur le succès du cartel — est encore accrue par la volonté affirmée par la Commis-

(2133) Cité *supra*, note 20.
(2134) Cité *supra*, note 20.
(2135) *J.O.C.E.* n° L395 du 12 décembre 1989, page 1, tel que modifié in *J.O.C.E.*, n° L257 du 21 septembre 1990, page 15.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

sion de « récompenser », par l'imposition d'amendes nulles ou de niveau réduit, les entreprises qui auront pris l'initiative de dénoncer le cartel à ses services (2136).

Il résulte de ce qui précède que les cartels ne portent plus une atteinte aussi importante que jadis au bon fonctionnement du processus concurrentiel. Les interventions gouvernementales dans l'économie constituent une menace beaucoup plus sérieuse. En effet, de telles interventions peuvent aboutir à protéger des secteurs entiers de l'économie des rigueurs de la concurrence, retardant les ajustements structurels nécessaires dans les industries en déclin, protégeant de manière artificielle les « champions nationaux » ou empêchant des restructurations transfrontalières justifiées pour des raisons économiques mais risquant d'entraîner une perte de prestige national — ou d'emplois.

Les articles 87 à 89 (2137) attribuent à la Commission le pouvoir de veiller à ce que les aides étatiques ne faussent pas la concurrence dans le marché commun. Même si l'action de la Commission dans ce domaine a généralement reçu le soutien de la Cour de justice, elle est loin d'avoir atteint un degré d'efficacité suffisant. Certes, la Commission a, juridiquement, le pouvoir d'ordonner aux États membres d'exiger le remboursement des aides qu'ils ont accordées illégalement. Toutefois, il est douteux que ses décisions soient respectées de manière intégrale.

En effet, les États ont généralement le même intérêt que les bénéficiaires de l'aide à laisser les choses en l'état (2138). Il paraît difficile de croire que leurs efforts en vue d'obtenir le remboursement des aides accordées illégalement sont toujours menés de manière énergique et efficace et que, même lorsque le remboursement est obtenu, d'autres moyens ne sont pas mis en œuvre par eux afin d'accorder aux entreprises en cause des avantages équivalents. Pour que le contrôle de la Commission puisse s'exercer de manière véritablement efficace, il faudrait que le Conseil adopte un règlement en vertu de l'article 89 (2139) accordant à la Commission des pouvoirs d'investigation semblables à ceux qu'elle détient au titre du règlement n° 17 à l'égard tant des entreprises bénéficiaires que des administrations publiques des États membres ayant accordé l'aide. À l'heure actuelle, la Commission ne peut obtenir des renseignements qu'en passant par l'intermédiaire des États membres, ce qui réduit singulièrement ses pouvoirs d'information. Il y a lieu de reconnaître, toutefois, qu'il est peu vraisemblable que la Commission se

(2136) Voyez communication sur la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, *J.O.C.E.*, n° C207 du 18 juillet 1996, p. 4.

(2137) Nouvelle numérotation ; ancienne numérotation : 92 à 94.

(2138) Ainsi que cela a été expressément reconnu dans l'affaire *Alcan Deutschland* ; voy. arrêt du 20 mars 1997, aff. C-24/95, *Rec.*, p. 1591.

(2139) Nouvelle numérotation ; ancienne numérotation : article 94.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

verra attribuer de tels pouvoirs d'investigation directe dans le contexte politique actuel.

S'agissant de l'article 86 (2140) et du contrôle des entreprises bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, on peut regretter que les avancées réalisées en 1991 et 1992 par la jurisprudence (2141) n'aient pas débouché sur une affirmation claire et sans équivoque que les monopoles nationaux sont incompatibles avec le traité sauf lorsque leur existence peut être justifiée par des considérations d'intérêt général telle que la nécessité de permettre le fonctionnement efficace d'un service public (2142). Ceci est d'autant plus paradoxal que, depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, il est expressément reconnu que la politique économique de la Communauté doit être conduite « conformément au principe d'une économie de marché ouvert et de libre concurrence » (2143).

On peut en dire autant de la jurisprudence concernant l'application des articles 3 (g), 10 (2) (2144) et 81-82 (2145) du traité. Après des débuts prometteurs en 1985 (2146), aboutissant aux arrêts *Ahmed Saeed* (2147) et *Vlaamse Reisbureaus* (2148), la Cour semble avoir reculé, s'abritant derrière une interprétation extrêmement formaliste des dispositions applicables du traité (2149). Cette jurisprudence ouvre la voie pour les États à la possibilité de contourner les règles de concurrence par des mesures présentées comme « obligatoires » mais adoptées, en réalité, avec l'accord, si ce n'est à l'initiative, des opérateurs privés.

(2140) Nouvelle numérotation ; ancienne numérotation : article 90.

(2141) Arrêt *France/Commission* du 19 mars 1991, aff. C-202/88, *Rec.*, page I-1259 ; arrêt *Höfner* du 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Rec.*, page I-2010 ; arrêt *ERT* du 18 juin 1991, aff. C-260/89, *Rec.*, page I-2951 ; arrêt *Porto di Genova* du 10 décembre 1991, aff. C-179/90, *Rec.*, page I-5923 ; arrêt *RTT/GB-Inno-BM* du 13 décembre 1991, aff. C-18/88, *Rec.*, page I-5973 ; arrêt *Espagne/Commission* du 17 novembre 1992, aff. C-271, C-281 et C-289/90, *Rec.*, page I-5859.

(2142) La Cour avait été à deux doigts de proclamer ce principe dans l'arrêt *Corbeau* du 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Rec.*, p. I-2563. Mais elle a adopté une attitude beaucoup plus prudente dans l'arrêt *Crespelle* du 5 octobre 1994, aff. C-323/93, *Rec.* page I-5097. Prenons acte, toutefois, de ce que la Cour n'est pas revenue, de manière expresse sur sa jurisprudence antérieure : voyez notamment l'arrêt *Job Centre* du 11 décembre 1997, aff. C-55/96, pas encore publié.

(2143) Voyez l'article 4 (nouvelle numérotation, ancienne numérotation : article 3A) du traité C.E.

(2144) Nouvelle numérotation ; ancienne numérotation : article 5 (2).

(2145) Nouvelle numérotation ; ancienne numérotation : 85-86.

(2146) Arrêt *Leclerc-Livres* du 10 janvier 1985, aff. 229/83, *Rec.*, page 1 ; Arrêt *BNIC/Clair* du 30 janvier 1985, aff. 123/83, *Rec.*, page 381.

(2147) Arrêt du 11 avril 1989, aff. 66/86, *Rec.*, page 803.

(2148) Arrêt du 1er octobre 1987, aff. 311/85, *Rec.*, page 3801.

(2149) Cette évolution apparaît pour la première fois dans l'arrêt *Van Eycke/Aspa* du 21 septembre 1988, aff. 267/86, *Rec.*, page 4769. Elle a été confirmée par les arrêts du 17 novembre 1993 dans les affaires C-2/91, *Meng* C-245/91, *Ohra* et C-185/91, *Reiff*, *Rec.*, page 5751, 5801 et 5851 ; arrêt *Delta* du 9 juin 1994, aff. C-153/93, *Rec.*, page I-2517 ; arrêt du 5 octobre 1995 dans l'affaire *Spediporto*, aff. C-96/94, *Rec.*, page I-2900 et arrêt du 17 octobre 1995, aff. C-140 à 142/93, *D.I.P.*, *Rec.*, p. I-3287.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

C'est dans ce domaine qu'un effort sérieux doit être accompli si l'on veut éviter que l'effet utile des règles du traité ne soit tenu en échec par une habile collusion d'intérêts publics et privés.

* * *

On se souvient que, lors des débats concernant le projet de Constitution européenne, de nombreuses critiques s'élevèrent dans certains États membres, notamment en France, à l'encontre du prétendu néo-libéralisme de la construction européenne et du rôle excessif que les institutions communautaires faisaient jouer à la politique de concurrence. Les réticences marquées à cet égard par le président Nicolas Sarkozy lors des négociations du traité de Lisbonne aboutirent à un compromis qui, malgré les apparences, n'était nullement favorable aux thèses qu'il défendait. L'ironie de la situation m'incita à y consacrer ma contribution à l'ouvrage publié en hommage à mon collègue, ami et ancien disciple Georges Vandersanden.

« La place de la concurrence dans le traité de Lisbonne »,
Mélanges en hommage à Georges Vandersanden.
Promenades au sein du droit européen,
Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 829-841.

I. — LA CONCURRENCE, PRINCIPE DE BASE DE L'UNION EUROPÉENNE

1. Depuis l'origine, la Communauté européenne (devenue l'Union européenne) a accordé une place de premier plan à la concurrence. Ainsi, dès 1957, le traité de Rome contenait, dans le chapitre consacré aux « Principes » de la Communauté, un article 3 selon lequel « l'action de la Communauté comporte... (f) l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun ». Sauf un changement de numérotation et le remplacement des mots « marché commun » par « marché intérieur », cette formulation s'est maintenue jusqu'aujourd'hui. Le principe de concurrence non faussée apparaît ainsi comme prenant place sur un pied d'égalité avec l'établissement de l'union douanière et l'abolition des obstacles aux échanges entre États membres comme un des fondements de la Communauté.

L'importance du rôle de la concurrence dans la construction européenne a été consacrée par la jurisprudence. Ainsi, dans le célèbre arrêt

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Continental Can du 21 février 1973 (2150), la Cour de justice s'est très largement appuyée sur cette disposition pour approuver la thèse de la Commission selon laquelle l'acquisition par une entreprise dominante du dernier concurrent important sur un marché donné constitue un abus de position dominante interdit par l'article 86 (2151) du traité. De même, elle s'est fondée sur l'article 3(f) (2152), en liaison avec l'article 5 (2153), du traité pour permettre aux individus de contester la compatibilité avec le traité de mesures étatiques portant atteinte à la concurrence (2154). La même disposition a permis au Conseil de fonder sur l'article 235 (2155) du traité le règlement relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2156), un tel contrôle étant jugé nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet.

2. La concurrence est inhérente à la notion même de marché intérieur. Comme l'a affirmé récemment le Tribunal de première instance des Communautés européennes, l'interdiction des ententes empêchant la concurrence « constitue une disposition fondamentale pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté, en particulier pour le fonctionnement du marché intérieur » (2157). En effet, la suppression des obstacles aux échanges qui est synonyme de l'établissement du marché intérieur aboutit inéluctablement à ce que les entreprises de chaque État membre soient exposées à subir la concurrence de leurs rivales d'autres États membres. Dès lors, se déclarer partisan du marché intérieur tout en refusant l'intensification de la concurrence qui en est la conséquence constitue une démarche contradictoire.

Il était donc indispensable, si on voulait assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, d'une part, d'éliminer les entraves aux échanges entre États membres et, d'autre part, d'interdire aux entreprises de reconstituer des barrières à ces échanges, que ce soit par des accords entre elles ou par des pratiques unilatérales. Tels étaient les objets des articles 85 et 86 du traité de Rome (2158). Enfin, il fallait assurer un contrôle sur les aides accordées par les États membres afin d'éviter que ceux-ci n'y recourent en vue de protéger leurs entreprises et

(2150) Aff. 6/72, *Europemballage et Continental Can c/ Commission*, *Rec.*, p. 215.
(2151) Aujourd'hui 82 C.E.
(2152) Aujourd'hui 3(g) C.E.
(2153) Aujourd'hui 10 C.E.
(2154) Le premier d'une longue série d'arrêts allant dans ce sens est celui du 16 novembre 1977, aff. 13/77, *GB-Inno-BM c/ ATAB*, *Rec.*, 2115.
(2155) Aujourd'hui 308 C.E.
(2156) Règlement n° 4064/89, *J.O.C.E.*, n° L 395 du 30.12.89, p. 1, remplacé à partir du 1er mai 2004 par le règlement n° 139/2004, *J.O.C.E.*, n° L 24 du 29.1.2004, p. 1.
(2157) 27 septembre 2006, aff. T-168/01, *Rec.*, p. II-2969.
(2158) Aujourd'hui 81 et 82 C.E.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de les avantager artificiellement par rapport à leurs concurrents étrangers. Telle était la raison d'être des articles 92 à 94 (2159) de ce traité.

3. Pendant les premières années qui suivirent l'entrée en vigueur du traité de Rome, la Commission et la Cour de justice ont souvent eu l'occasion de condamner des mesures de nature à entraîner des obstacles aux échanges entre États membres. C'est ainsi que de nombreuses décisions ont été adoptées par la Commission pour interdire des accords de distribution exclusive contenant des clauses empêchant le distributeur d'exporter vers d'autres États membres les marchandises qu'il était chargé de revendre (2160). Les ententes horizontales de partage de marchés et les pratiques abusives aboutissant au même résultat firent, elles aussi, l'objet des premières décisions imposant des amendes (2161). Étaient considérées comme « susceptibles d'affecter le commerce entre États membres » au sens des articles 85 et 86 du traité les accords qui sont « en mesure de cloisonner le marché de certains produits entre États membres et de rendre ainsi plus difficile l'interpénétration économique voulue par le traité » (2162).

Par la suite, les institutions ont évolué vers une interprétation plus large, englobant dans le champ d'application des règles de concurrence non seulement les mesures susceptibles d'entraver directement l'établissement du marché unique mais aussi celles portant obstacle, de manière indirecte, à son bon fonctionnement. Ainsi, dès 1975, la Cour a affirmé que le commerce est « affecté » au sens du traité lorsque les courants commerciaux entre États membres sont « détournés de leur orientation naturelle » (2163) ou même, de manière plus générale, lorsqu'un accord entre entreprises entraîne une restriction de concurrence qui porte, à l'intérieur d'un État membre, sur des produits dont une partie provient d'un autre État membre (2164). La Cour a refusé d'adopter une interprétation purement quantitative du critère en cause, considérant que le fait qu'un accord entraîne une augmentation du commerce d'un produit d'un

(2159) Aujourd'hui 87 à 89 C.E.

(2160) L'arrêt fondateur de cette jurisprudence est celui du 13 juillet 1966, aff. jtes 56 et 58/64, *Grundig et Consten c/ Commission*, *Rec.*, p. 429.

(2161) Arrêts du 15 juillet 1970, aff. jtes 41, 44 et 45/69, *Chemiefarma*, *Buchler et Boehringer c/ Commission*, *Rec.*, p. 661, 733 et 769 ; 16 décembre 1975, aff. jtes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, *Suiker Unie et autres c/ Commission*, *Rec.*, p. 1663.

(2162) Arrêt du 30 juin 1966, aff. 56/65, *Société technique minière c/ Maschinenbau Ulm*, *Rec.*, p. 337.

(2163) Arrêt du 15 mai 1975, aff. 71/74, *Nederlandse Vereniging voor het Fruit (Frubo) c/ Commission*, *Rec.*, p. 563.

(2164) Arrêts du 3 juillet 1985, aff. 243/83, *Binon c/ Agence et messageries de la presse*, *Rec.*, p. 2015 ; 10 décembre 1985, aff. jtes 240 à 242, 261, 262, 268 et 269, *Stichting Sigarettenindustrie c/ Commission*, *Rec.*, p. 3831.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

État membre vers les autres n'exclut pas qu'il exerce une influence défavorable sur ce commerce (2165).

L'interprétation donnée par la Commission et par la Cour au champ d'application des règles de concurrence ne se limite donc pas aux mesures entravant directement les échanges entre États membres à la façon d'un droit de douane ou d'une restriction quantitative mais s'étend à toute mesure susceptible de fausser la concurrence au niveau du marché intérieur, même si ses effets directs se limitent au territoire d'un seul État membre. Le lien entre l'application des règles de concurrence et le bon fonctionnement du marché intérieur paraît donc indissoluble.

II. — LA CONCURRENCE EST-ELLE UN DES OBJECTIFS DE L'UNION EUROPÉENNE ?

4. On a parfois affirmé que l'établissement d'un régime de concurrence non-faussée était un des objectifs du traité.

Cela n'est pas exact. Depuis l'origine, le traité distingue entre les objectifs (ou « la mission ») de la Communauté et les moyens d'action dont les institutions communautaires et les États membres se servent en vue de réaliser ces objectifs.

Aux termes de l'article 2 du traité, tel qu'il existait à l'origine, la mission de la Communauté était de promouvoir :

- un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté,
- une expansion continue et équilibrée,
- une stabilité accrue,
- un relèvement accéléré du niveau de vie,
- des relations plus étroites entre les États membres.

Cette mission a été étendue par la suite, au gré des révisions du traité, de telle sorte qu'elle vise aujourd'hui à promouvoir dans l'ensemble de la Communauté :

- un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques,
- un niveau d'emploi et de protection sociale élevé,
- l'égalité entre les hommes et les femmes,

(2165) Arrêt *Grundig et Consten c/ Commission* cité à la note 11 *supra* ; voy. aussi la décision de la Commission du 7 décembre 1984, *Milchförderungsfonds*, *J.O.C.E.*, n° L 35 du 7 février 1985, p. 35, dans laquelle la Commission interdit une entente de promotion en commun de produits laitiers allemands, estimant qu'elle aboutissait à accroître de manière artificielle les ventes de ces produits dans les autres États membres.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

– une croissance durable et non inflationniste,
– un haut degré de compétitivité et de convergence des performances économiques,
– un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement,
– le relèvement du niveau et de la qualité de la vie,
– la cohésion économique et sociale,
– la solidarité entre les États membres.

5. En vue de réaliser ces objectifs, l'article 3 énonce les moyens d'action dont les institutions et les États membres doivent se servir. Au départ, il y en avait onze. Aujourd'hui, il y en a vingt-et-un. En septième position vient « l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur ».

Il ressort de la distinction entre « mission » et « action » que la concurrence non faussée constitue un instrument en vue de la réalisation des objectifs de la Communauté, et non un de ces objectifs en soi. Il s'agit d'un instrument, au même titre que le marché intérieur, le renforcement de la cohésion économique et sociale, la politique de l'environnement, etc., également mentionnés à l'article 3.

Lorsque le traité de Maastricht a ajouté, parmi les actions de la Communauté, l'instauration d'une monnaie unique, il a été jugé nécessaire d'imposer, parallèlement, aux États membres certaines obligations en matière de politique économique. C'est ainsi que l'article 4, paragraphe 2, C.E. les oblige à conduire leurs politiques économiques « conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre ». Ici aussi, il ne s'agit pas d'un objectif en soi, mais d'un principe à respecter par les États membres lors de la poursuite de leurs objectifs de politique économique, quels que soient ceux-ci.

III. — LA CONCURRENCE DANS LE TRAITÉ CONSTITUTIONNEL EUROPÉEN ET LE REFERENDUM FRANÇAIS

6. Les auteurs du traité établissant une constitution pour l'Europe (ci-après : « traité constitutionnel ») n'ont pas repris la distinction entre « mission » et « action » de l'Union. Après avoir consacré un article 2 aux « valeurs » de l'Union, ils ont rassemblé à l'article 3 un ensemble de dispositions de nature variée. Certaines ont clairement la nature d'objectifs, tel le paragraphe 1er selon lequel l'Union a pour but la promotion de la paix, de ses valeurs et du bien-être de ses peuples. D'autres sont plus difficiles à catégoriser. Ainsi, lorsqu'on écrit au paragraphe 2 que l'Union « offre à ses citoyens (...) un marché unique où la concurrence est libre

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

et non faussée », est-ce un objectif ? On peut en douter. En effet, il serait surprenant qu'on « offre » quelque chose qui doit encore être réalisé. Or, le propre d'un objectif est précisément de ne pas être déjà réalisé. À notre avis, il s'agit donc plutôt d'un moyen.

7. La formulation malheureuse de l'article 3, paragraphe 2, qui paraissait faire de la concurrence libre et non faussée un objectif de l'Union, allait être une des causes de l'échec du référendum français du 29 mai 2005 sur la ratification du traité constitutionnel. En effet, la crainte de voir reconnaître à la concurrence une position prééminente dans la politique économique de l'Union était largement répandue dans l'opinion publique française.

Il faut dire que, de manière générale, les règles tendant à assurer le maintien de la concurrence sur le marché sont rarement bien reçues par les opérateurs économiques. En effet, la concurrence n'est pas toujours agréable à subir. Elle oblige les entrepreneurs à lutter pour constamment perfectionner leur outil de production, vendre leurs produits ou services de la manière la plus efficace, améliorer leur rentabilité sur tous les plans. Elle ne tolère pas qu'ils s'endorment sur leurs lauriers ou même qu'ils relâchent leurs efforts quelques instants. Elle les soumet en tout temps au risque qu'un nouveau venu n'apparaisse ou qu'un concurrent existant renforce sa position, leur ravissant des parts de marché. S'ils essaient de se soustraire à ces pressions, que ce soit en s'accordant pour limiter la concurrence entre eux ou en entravant l'accès des tiers au marché, ils s'exposent à de lourdes amendes, voire même à des mesures structurelles. Si, grâce à leurs efforts et leur adresse, ils ont conquis une position suffisamment forte pour se soustraire aux risques du marché, ils doivent être extrêmement prudents s'ils souhaitent consolider cette position ou la protéger contre les assauts des tiers, sous peine de se voir condamnés pour abus de position dominante. Et si, lorsque les affaires vont moins bien, ils se tournent vers les pouvoirs publics afin d'obtenir une aide garantissant leur survie, ils risquent de se voir condamner à rembourser l'aide reçue.

La concurrence menant la vie dure aux entrepreneurs, ceux-ci n'auront pas facilement tendance à faire des cadeaux à leurs travailleurs. Ceux-ci se voient exposés en permanence à la possibilité d'une fermeture ou d'une restructuration. Ils pourront être appelés à travailler davantage pour le même salaire ou à exercer des travaux n'exigeant pas les mêmes qualifications — et n'offrant pas la même rémunération — s'ils souhaitent ne pas perdre leur emploi. Pour eux non plus, la concurrence n'apparaît pas comme un bienfait.

Seuls les consommateurs sont gagnants. La concurrence garantit en effet qu'ils obtiennent le choix le plus large de produits de la meilleure

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

qualité au prix le plus avantageux. Elle assure que les fruits de l'innovation technologique ne seront pas accaparés en amont mais aboutiront jusqu'à eux. Elle permet aux structures de production et de distribution de s'adapter à l'évolution des besoins de la société.

Toutefois, l'expérience nous apprend que les consommateurs sont un groupe trop diffus pour pouvoir exercer une influence forte sur l'opinion publique. En outre, les bienfaits de la concurrence n'apparaissent généralement que sur le long terme, alors que ses conséquences négatives sont perçues beaucoup plus rapidement. Tout ceci fait que les avantages qui découlent de la concurrence passent en grande partie inaperçus, alors que ses inconvénients, étant ressentis par les opérateurs économiques et leurs travailleurs de manière intense et immédiate, font les grands titres de la presse.

8. En France, différents facteurs historiques et culturels renforcent cette aversion pour la concurrence.

D'une part, sous l'influence de Jean Monnet, personnalité unanimement respectée à droite comme à gauche et à qui la construction européenne doit ses premières réussites, notamment la création de la C.E.C.A., la planification s'est longtemps vu reconnaître un rôle de premier plan dans le développement économique. Ce rôle se voyait renforcé par l'existence de puissantes entreprises publiques capables d'intervenir activement et efficacement sur le terrain. Les services publics français étaient, dans l'ensemble, bien gérés, malgré leur caractère monopolistique.

Ceci explique le scepticisme éprouvé par de nombreux Français à l'égard des vertus de la concurrence. Celle-ci leur apparaît davantage comme un facteur de désordre, susceptible d'engendrer des dysfonctionnements, des gaspillages, des déséquilibres, voire des injustices sociales. Plutôt que d'être considérée comme le moyen de réaliser l'allocation la plus rationnelle des facteurs de production et de conduire à l'amélioration constante de la qualité de biens et des services dans l'intérêt des consommateurs, la concurrence se voit assimilée, dans l'esprit de beaucoup, à la loi de la jungle.

D'autre part, le moment où se situait le débat était particulièrement inopportun. L'Union européenne était à la veille d'un nouvel élargissement qui allait porter le nombre de ses membres de quinze à vingt-cinq, puis à vingt-sept. Le spectre d'une adhésion de la Turquie se profilait à l'horizon. Les pays des Balkans commençaient, eux aussi, à faire acte de candidature à l'Union. Or, le niveau de vie de tous ces nouveaux entrants et candidats était sensiblement plus bas que celui des Français, ce qui accroissait les craintes de délocalisations et de dumping social, ainsi que d'un afflux d'immigrants pauvres et affamés livrant une concurrence « déloyale » aux travailleurs français. Le risque semblait grand d'une atteinte au modèle social en vigueur.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Dans ce contexte, le lancement de la proposition de directive sur les services, dite « directive Bolkenstein » (2166), avait mis le feu aux poudres (2167). Quoique la substance de cette proposition se limitât à reprendre et codifier les principes dégagés par la Cour de justice dans une longue série d'arrêts depuis 1974, elle provoqua une extraordinaire flambée de protectionnisme dont le célèbre « plombier polonais » fut un des acteurs les plus redoutés.

Cette inquiétude était encore renforcée par les difficultés que traversaient certaines entreprises françaises emblématiques, telles qu'Alstom, concepteur du TGV, dont la survie n'avait pu être assurée qu'avec des aides étatiques initialement contestées par les autorités de Bruxelles.

En outre, la libéralisation entamée, à l'initiative de l'Union européenne, dans le secteur de l'énergie s'était accompagnée d'une flambée sans précédent des prix du pétrole et du gaz sur les marchés mondiaux, de telle sorte qu'elle n'avait pas entraîné la baisse annoncée — peut-être un peu imprudemment — comme devant en être la conséquence.

Toutes ces réactions se produisaient dans un climat où le gouvernement chantait les vertus du patriotisme économique et songeait sérieusement à ranger la production de yoghourt parmi les industries d'importance stratégique afin de l'empêcher de tomber en des mains étrangères.

Il n'est dès lors pas étonnant que de nombreux analystes politiques aient estimé que la position prééminente reconnue au maintien d'une concurrence non faussée à l'article 3, paragraphe 2, du traité constitutionnel était une des raisons de l'échec du référendum français.

IV. — LA CONCURRENCE DANS LE TRAITÉ DE LISBONNE

9. Le référendum négatif en France, bientôt suivi d'un autre aux Pays-Bas, entraîna l'Union dans une crise profonde.

Ce n'est qu'après une année de réflexion que les profils d'une solution commencèrent à se dessiner. Finalement, lors du Conseil européen des 21 et 22 juin 2006 tenu sous la présidence de la chancelière allemande Angela Merkel, il fut décidé de reprendre l'essentiel du contenu du traité constitutionnel, tout en éliminant certaines des dispositions à valeur symbolique qui avaient fâché une partie de l'opinion. En outre, on présenta les innovations sous forme d'amendements aux traités existants, plutôt qu'en refondant l'ensemble des dispositions existantes en

(2166) COM (2004) 2 final, du 13 janvier 2004.

(2167) Il y aurait beaucoup à dire sur la levée de boucliers suscitée en France au sujet de cette proposition. Rappelons que le président Chirac était allé jusqu'à demander sa « remise à plat » complète. Par bonheur, il ne fut que très imparfaitement écouté. Voy. *ad generalia* sur le sujet V. Hatzopoulos, « Que reste-t-il de la directive sur les services ? », *Cahiers de droit européen*, 2007, p. 299.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

un document unique, comme l'avaient fait les auteurs du traité constitutionnel. Cette technique avait en effet entraîné, à l'époque, de nombreux malentendus, beaucoup d'électeurs n'ayant pas clairement aperçu la portée de la décision qu'ils étaient appelés à prendre, faute de distinguer clairement entre les innovations qu'on leur proposait et des dispositions qui avaient été en vigueur pendant de nombreuses années sans susciter de difficultés.

Mandat fut donné à la conférence intergouvernementale chargée d'adopter le texte définitif du traité réformateur de rédiger un projet tenant compte des directives approuvées par le Conseil européen.

10. C'est dans le cadre des discussions du contenu de ce mandat que le président Sarkozy demanda de supprimer la référence à la concurrence libre et non faussée à l'article 3, paragraphe 2, du traité. Cette position correspondait non seulement au sentiment général qui paraissait se dégager des urnes référendaires mais aussi aux options personnelles du président de la République française. À plusieurs reprises, en effet, celui-ci avait publiquement exprimé le scepticisme que lui inspirait la politique de concurrence menée par les institutions communautaires. Imbu, conformément à la tradition gaulliste, de l'importance du rôle des pouvoirs publics comme moteurs de l'économie, il s'était posé en partisan du développement d'entreprises puissantes, capables d'agir comme leaders sur la scène mondiale. Ainsi, dans un discours prononcé devant la fondation Konrad Adenauer à Berlin le 16 février 2006, il avait plaidé en faveur d'une adaptation des règles de concurrence européennes en vue de permettre la constitution de champions européens. Un peu plus tard, au salon du Bourget de juin 2007, il avait récusé « l'approche idéologique qui fait de la concurrence une fin en soi ». Le 13 novembre de la même année il avait regretté devant le Parlement européen que l'Europe fût la seule région au monde « à faire de la concurrence une religion ».

L'exigence française se heurta à une vive opposition non seulement de la Commission mais aussi des autres États membres, qui voyaient dans l'existence d'un régime de concurrence libre et non faussée une des pierres angulaires du marché intérieur. Ils craignaient que l'absence de mention de la concurrence parmi les dispositions liminaires du traité soit être interprétée comme une invitation à la Cour de justice à revenir sur sa jurisprudence *GB-Inno-BM c/ ATAB* (2168) et à se montrer plus restrictive dans l'interprétation de la portée des dispositions du traité en matière de concurrence et d'aides d'État. En outre, cette absence aurait pu jeter le doute sur la base juridique du contrôle des concentrations entre entreprises (2169). De manière plus générale, on aurait pu y voir le

(2168) Voy. *supra*, note 5.
(2169) Voy. *supra*, le texte auquel se réfère la note 6.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

signal d'un recul de l'importance accordée par l'Union à la concurrence comme facteur ordonnateur de l'économie. À un moment où des responsabilités grandement accrues étaient confiées aux autorités des États membres pour assurer la mise en œuvre des règles de concurrence (2170), des malentendus à ce sujet auraient pu être à l'origine d'interprétations aberrantes.

11. En fin de compte, à l'initiative de la Commission, un compromis fut trouvé : la mention du marché intérieur passe du paragraphe 2 au paragraphe 3 de l'article 2 (2171), les mots « où la concurrence est libre et non faussée » sont supprimés, et un « protocole sur la concurrence » est annexé au traité.

Le texte du préambule de ce protocole, malgré son caractère bref, est lourd de signification : « Les Hautes Parties Contractantes, *compte tenu du fait* que le marché intérieur tel qu'il est défini à l'article 3 du traité sur l'Union européenne *comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée...* » (2172).

Il faut insister sur l'importance de la formulation ainsi choisie. Elle signifie en effet que tous les États membres (y compris la France) reconnaissent comme un *fait* que la notion de marché intérieur *comprend* un système de concurrence non faussée. Chassée de l'article 3 par « la porte » de l'amendement Sarkozy, la concurrence y revient ainsi par « la fenêtre » du protocole !

Objectera-t-on qu'un protocole a une moindre valeur qu'une disposition du traité lui-même ? Ce serait ignorer l'article 51 dudit traité, selon lequel : « Les protocoles et annexes des traités en font partie intégrante ». Plusieurs décisions de jurisprudence reconnaissent que les protocoles du traité C.E. « contiennent des dispositions de droit primaire » qui ont « la même valeur juridique que le traité lui-même » (2173). Il n'y a aucune raison qu'il n'en aille pas de même des protocoles annexés au traité réformateur.

(2170) Règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux article 81 et 82 du traité, *J.O.C.E.*, n° L 1 du 4 janvier 2003, p. 1.

(2171) Alors que le traité constitutionnel prévoyait au paragraphe 2 : « L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieurs, et un marché unique où la concurrence est libre et non faussée », le texte adopté à Lisbonne omet toute mention de la concurrence libre et non faussée et énonce, au paragraphe 3 : « L'Union établit un marché intérieur ».

(2172) C'est nous qui mettons en italiques.

(2173) Tribunal de première instance, 27 juin 2001, aff. T-164/99, *Leroy*, *Rec.*, p. II-1819, I-A-135, II-617, point 59 ; 18 octobre 2001, aff. T-333/99, *X c/ BCE*, *Rec.*, p. II-3021, I-A-199, II-921 ; 23 février 2001, aff. 7/98, *De Nicola*, *Rec.*, p. FP-I-A49, II-185, point 90.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

V. — PERSPECTIVES

12. Il apparaît donc, en fin de compte, que la tentative française de réduire l'importance de la place que tient la concurrence dans l'action de l'Union européenne a échoué. Non seulement, grâce au renvoi effectué par le protocole, le principe de la concurrence non faussée continue à faire partie de l'article 3, mais les autres dispositions du traité qui en traitent sont demeurées inchangées. Ainsi, les articles 101 à 109 du traité sur le fonctionnement de l'Union (TFU) reprennent, quasiment sans modification, les articles 81 à 89 C.E. qui contenaient les règles de concurrence initiales. Les articles 119 et 127 TFU continuent à affirmer, comme le faisaient les article 98 et 105 C.E., la nécessité de conduire la politique économique de l'Union « conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre ».

À certains égards, la situation actuelle renforce le rôle joué par les institutions de l'Union en matière de concurrence — et dès lors le rôle de la concurrence elle-même. Ainsi, la Commission se voit reconnaître, pour la première fois, le pouvoir d'accorder des exemptions par catégorie de l'interdiction d'ententes, sans autorisation préalable du Conseil (2174).

Enfin et surtout, l'article 3, paragraphe 1er, TFU range explicitement parmi les compétences « exclusives » de l'Union « l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur ». Ceci signifie, aux termes de l'article 2, paragraphe 1er, TFU que dans ce domaine « seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les États membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union ».

Tempête dans un verre d'eau ? Coup d'épée dans l'eau ? Tour de passe-passe pour abuser l'opinion ? Le lecteur conclura de lui-même. Il reste que, sur le plan juridique, rien n'a fondamentalement changé.

(2174) Article 105, paragraphe 4, TFU.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
5. - Libre échange, concurrence et interventionnisme étatique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019