

## La jurisprudence actuelle de la CJCE et ses effets dans la pratique notariale\*

### Contenu

1. Le fonctionnement du droit communautaire	81
2. Droit immobilier	82
2.1. Ventes d'immeubles par le pouvoir public et droit aux mesures d'aide	82
2.2. Respect des dispositions en matière de passation des marchés publics en cas de ventes d'immeubles avec l'obligation de construire et contrats d'aménagement	85
2.3. Conditions d'admissibilité des autorisations dans le cas d'acquisition d'immeuble transfrontalière	89
2.4. Effets de la révocation dans le cas des ventes à domicile sur le contrat de vente notarié	92
3. Clauses abusives	94
4. Droit des sociétés	94
4.1. Entreprises communales et respect du droit de la passation des marchés	94
4.2. Limitations de la liberté d'établissement de sociétés ayant leur siège dans d'autres Etats membres	97

### 1. Le fonctionnement du droit communautaire

Le droit communautaire **fait partie**, comme nous le savons, **des ordre juridiques nationaux des différents Etats membres**. En ce sens, le droit communautaire n'est pas un droit étranger que le notaire n'a pas besoin de connaître<sup>1</sup>. Malgré tout, le droit communautaire vit dans l'ombre de la pratique notariale quotidienne même de nos jours. Cela est dû au fait que la plus grande partie du droit communautaire concerne toujours des domaines juridiques comme le marché agricole communautaire, l'union douanière, le droit de la concurrence, le droit du travail et le droit social ou la propriété intellectuelle qui ne revêtent que peu d'importance dans la pratique notariale. Cependant, le champs d'application du droit communautaire commence à s'élargir lentement mais continuellement et à englober également les domaines principaux de l'activité notariale, comme le droit immobilier, le droit des successions, de la famille et le droit civil général<sup>2</sup>.

La faible importance du droit communautaire pour la fonction notariale résulte pourtant également du **fonctionnement** du droit communautaire. Il est vrai que le droit communautaire s'applique directement dans tous les Etats membres et il est prioritaire au droit national si celle-ci dispose autrement. Cependant, il faut distinguer entre cette priorité et l'application directe, c'est-à-dire la question de savoir si une certaine disposition de droit communautaire doit être appliquée directement par les tribunaux et les autorités sans acte de transposition en droit interne et qu'elle fait naître directement des droits et obligations d'un individu. Si la règle de droit communautaire laisse une certaine liberté aux Etats membres en ce qui concerne son application, un acte juridique national doit s'ajouter de sorte qu'elle jouera un rôle pour la pratique notariale.

En matière de **droit communautaire primaire**, qui comprend notamment le CE, la CJCE a reconnu l'application immédiate seulement par rapport à un petit nombre de règles. Parmi ces règles, il faut citer les règles de droit civil suivantes: Art. 12 CE (interdiction générale de la discrimination<sup>3</sup>), Art. 43, 48 CE (liberté d'établissement<sup>4</sup>), Art. 49, 50 CE (libre prestation de services<sup>5</sup>), Art. 56 CE (libre circulation des capitaux<sup>6</sup>) et Art. 88 al. 3 CE (interdiction de mettre des mesures d'aide à exécution<sup>7</sup>).

De même, les dispositions des règlements CE dont les effets généraux et abstraits sont comparables à ceux des lois (nationales) matérielles sont applicables sans acte de transposition dans tous les Etats membres, comme c'est aussi le cas pour le droit primaire. Cependant, ils n'en résultent des droits et obligations que si la règle concrète du règlement contient des obligations claires et inconditionnelles pour les Etats membres.

Les effets des **directives** sont encore plus différenciés. Les directives doivent être transposées en droit interne par les Etats membres. L'interprétation de ces règles nationales doit respecter le sens de la directive. Est prioritaire l'interprétation qui est le plus conforme à la directive et qui mène à son application. Les dispositions de la directive ont une importance pratique directe seulement dans le cas où les Etats membres ne la transposent pas en droit interne dans les délais fixés et que le libellé de la disposition concrète est suffisant et assez clair pour permettre l'application directe. Cependant, même dans ce dernier cas, la directive n'ayant pas été transposée en droit interne ne produit qu'un effet vertical, c'est-à-dire qu'elle ne s'applique que dans les rapports entre le pouvoir de l'Etat et le citoyen<sup>8</sup>. La jurisprudence permanente de la CJCE refuse un effet horizontal, à savoir un effet dans les rapports entre les différents citoyens<sup>9</sup>.

\* par Dr. ANDREAS KNAPP, notaire à Abensberg, Allemagne. Cet article tient compte de la jurisprudence de la CJCE jusqu'au 16 décembre 2008. Les décisions de la CJCE concernant le droit notarial professionnel et les tarifs ne font pas l'objet de cet article.

1 Par rapport au droit allemand: WINKLER, *Beurkundungsgesetz*, 16e éd. 2008, § 17 BeurkG (loi sur l'authentification) no 271.

2 Projet actuel de la Commission: élaboration d'un cadre de référence commun pour le droit civil. Cependant, ce projet a été mis sur une voie de garage ces derniers mois (voir p.e. LEIBLE, *Europäisches Privatrecht am Scheideweg*, NJW 2008, 2508; KAMPAUSEN, *Europäisches Vertragsrecht – quo vadis?*, notar 2008, 56 et 87); pour le développement du point de vue notarial, voir entre autres: J. SMITS, *Einiige kritische Anmerkungen zum Umgang mit den Grundlagen des europäischen Vertragsrechts*, Notarius International 2001, 142; G. WEHRENS, *Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten der Europäischen Union*, Notarius International 2001, 212; SCHMUCKER, DNotZ 2005, 897; JEEP/VOSSIUS, notar 2005, 101; LANGHEIN, notar 2005, 119; LEHNE/SCHULTE-NÖLKE/STAUDENMAYER, notar 2005, 157.

3 CJCE, arrêt du 13 février 1985, affaire 293/83 (*Gravier*), Rec. 1985, 593.

4 CJCE, arrêt du 21 juin 1974, affaire 2/74 (*Reyners*), Rec. 1974, 631.

5 CJCE, arrêt du 3 décembre 1974, affaire 3/74 (*van Binsbergen*), Rec. 1974, 1299.

6 CJCE, arrêt du 31 janvier 1984, affaires jointes 282/82 et 26/83 (*Luisi und Carbone*), Rec. 1984, 377.

7 CJCE, arrêt du 11 décembre 1973, affaire 120/73 (*Lorenz*), Rec. 1973, 1471.

8/9 notes 8 et 9 voir page 82.

Les rapports de droit privé ne sont donc pas concernés directement par les directives. Le fait que le notaire, en tant que détenteur du pouvoir public, exerce une fonction publique n'y change rien. Pour la formation des contrats entre particuliers, l'authentification d'actes joue un rôle important. Si le notaire était obligé à l'application directe de la directive, le législateur communautaire pourrait, par la voie de l'obligation de l'authentification, agir au détriment d'au moins une des parties, bien que cette compétence ne lui incombe qu'en matière des règlements<sup>10</sup>.

Cela dit, on peut facilement comprendre que le rapport coût/utilité de la lecture du Journal Officiel des CE ou du Recueil des arrêts de la CJCE est insuffisant pour les notaires, au moins pour le moment. Cependant, il vaut la peine de connaître quelques décisions plus récentes de la Cour de justice des Communautés Européennes et les décisions qu'elles ont pour conséquence au niveau national, car elles concernent directement la pratique notariale.

## 2. Droit immobilier

Les effets pratiques majeurs de la jurisprudence du CJCE se montrent en matière de droit immobilier.

### 2.1. Ventes d'immeubles par le pouvoir public et droit aux mesures d'aide

En premier lieu, il faut respecter l'interdiction d'exécuter des **mesures d'aide** de l'Etat qui n'ont pas été annoncées et autorisées. Dans la pratique notariale, les ventes d'immeubles à des entreprises par des communes, des villes, l'Etat fédéral ou les régions administratives (*Länder*) qui garantissent différentes formes d'avantages sont très fréquentes. Il s'agit soit de la vente d'un territoire militaire pour l'utilisation civile en tant que parc d'attractions, soit de la privatisation de terrains agricoles ou forestiers anciennement publics par le Ministère des privatisations germaniques (*Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben*), soit de la vente de superficies de l'exploitation industrielle dans les zones industrielles ayant vu le jour à partir des années 90. Les villes et les communes qui tentent à attirer les entreprises par des avantages sont en concurrence. Leur objectif est d'assurer à long terme la perception d'impôts sur le revenu et l'impôt professionnel et de créer des postes d'emploi ou bien de gagner au moins une partie de l'argent nécessaire pour le financement de l'aménagement des terrains industriels très souvent surdimensionnés.

Cependant, très souvent les règles communautaires applicables à ces ventes ne sont pas respectées.

#### 2.1.1. Conditions des mesures d'aide

En principe, **les art. 87 ss. CE** interdisent les aides de l'Etat ou les financements provenant de ressources étatiques qu'elle qu'en soit la nature, si elles faussent la concurrence ou sont susceptibles à la fausser en avantageant certaines entreprises ou branches de production et qu'elles **affectent le commerce entre les Etats membres**. Conformément à la jurisprudence de la CJCE, le commerce est déjà affecté si l'avantage fiscal en faveur de l'entreprise est susceptible de produire des effets sur le

commerce entre les Etats à l'avenir<sup>11</sup>. La présomption respective est fondée si la capacité financière de l'entreprise est renforcée. Cet élément constitutif est interprété largement par la CJCE. Vu l'augmentation des relations commerciales transfrontalières et la mobilité croissante des consommateurs, le rapport transfrontalier constitue la règle générale de la pratique. Seulement les aides aux activités économiques locales sont exemptées des art. 87 ss. CE<sup>12</sup>.

#### 2.1.2. Effets juridiques

Conformément à l'art. 88 al. 3 phr. 1 CE, toute institution ou modification d'un régime d'aide doit être notifiée à la Commission Européenne en temps utile pour qu'elle puisse s'y prononcer. Aux termes de l'art. 88 al. 3 phr. 3 CE l'Etat membre concerné n'a pas le droit d'exécuter la mesure d'aide avant que la Commission n'ait pris sa décision définitive à cet égard. Déjà en 1973, la Cour de Justice des Communautés Européennes a reconnu l'effet direct de **l'obligation de notification** conformément à l'art. 88 al. 3 phr. 1 et de **l'interdiction d'exécution** conformément à l'art. 88 al. 3 phr. 3 CE et décidé que l'infraction de l'obligation de notification et de l'interdiction d'exécution oblige l'Etat membre et le bénéficiaire de l'aide de rendre la restitution de l'aide ou de la rembourser<sup>13</sup>. En 1991 le CJCE a décidé dans l'affaire **FNCE** que les tribunaux nationaux, suite à l'infraction à l'obligation de notification, doivent tirer toutes les conclusions en faveur des particuliers se prévalant de cette infraction aux termes de leur loi nationale, conclusions par rapport à la validité des actes juridiques de l'exécution de la mesure d'aide et par rapport à la perception des aides financières garanties dans le cas d'une infraction à cette règle ou par rapport à d'éventuelles mesures provisoires<sup>14</sup>. De même,

8 Cependant, la directive elle-même ne peut pas engendrer d'obligations pour le particulier, de sorte qu'il n'est p.e. pas possible de déduire directement des sanctions pénales d'une directive (voir à cet égard entre autres CJCE, arrêt du 3 mai 2005, affaires jointes C-387/02, C-391/02 et C-403/02 (*Berlusconi*), Rec. 2005, I-3565. Tous les arrêts de la CJCE à partir de la deuxième moitié de l'année 1997 sont accessibles sur le site web de la CJCE: <http://curia.europa.eu>

9 Voir en particulier CJCE, arrêt du 14 juillet 1994, affaire C-91/92 (*Facini Dori*), Rec. 1994, I-3325, no 25.

10 Voir CJCE arrêt du 14 juillet 1994, affaire C-91/92 (*Facini Dori*), op. cit., no 24.

11 CJCE, arrêt du 17 septembre 1980, affaire 730/79 (*Philip Morris*), Rec. 1980, 2671, no 11.

12 La Commission a constaté une telle activité économique purement locale entre autres dans sa décision dans l'affaire *Freizeitbad Dorsten*: [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/industrie/n258-00.pdf](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n258-00.pdf). L'affaire concernait la privatisation de deux piscines couvertes ou d'une piscine en plein air dirigée par la ville de Dorsten, une ville comptant 80.000 habitants et située en Rhénanie-du-Nord-Westphalie, et enregistrant des pertes annuelles de 2,4 millions DM. La ville a octroyé un droit de superficie au nouveau directeur pour une période de 35 ans contre une rente adéquate et s'est obligée d'accorder des subventions aux frais d'exploitation d'un montant de 2 millions DM. La Commission a refusé cette infraction aux art. 87 ss. CE, notamment parce qu'il ne s'agit pas d'une institution unique en Rhénanie-du-Nord-Westphalie et en Allemagne dans une zone de 50 km et que la distance à la frontière des Pays-Bas est plus loin de 50 km.

13 CJCE, arrêt du 11 décembre 1973, affaire 120/73 (*Gebr. Lorenz GmbH*), Rec. 1973, 1471, no 8.

14 CJCE, arrêt du 21 novembre 1991, affaire C-354/90 (*FNCE*), Rec. 1991, I-5505, no 12.

le fait qu'une mesure d'aide n'ayant pas été notifiée est qualifiée comme matériellement légitime par la Commission, ne rendrait pas nuls et non avenues les effets susmentionnés<sup>15</sup>.

Suite à cette décision de la CJCE, l'opinion dominante de la doctrine allemande dans les dernières années était que l'omission de la notification aurait pour conséquence **la nullité du contrat portant sur l'aide**<sup>16</sup>. La Cour Fédérale de la Justice (BGH) a également adopté ce point de vue en 2003 et décidé que l'art. 88 al. 3 phr. 3 CE constitue une loi d'interdiction au sens de l'art. 134 Code Civil allemand (BGB). Le contrat de vente respectif serait entièrement nul<sup>17</sup>. Cependant, on ne peut pas conclure de la décision du BGH que la nullité englobe également la désaisine-saisine d'immeubles. Dans la doctrine, on trouve les deux opinions à ce sujet<sup>18</sup>. Si on part de l'idée que la transmission de l'immeuble par elle-même constitue une aide, il paraît juste de conclure que la désaisine-saisine sera inefficace.

De toute façon, il résulte de la jurisprudence de la CJCE que le notaire doit, s'il constate un projet d'aide non-notifié au sens de l'art. 88 CE<sup>19</sup>, refuser l'authentification et l'exécution de l'acte. Cependant, il est difficile pour le notaire de reconnaître une mesure devant faire l'objet d'une notification.

### 2.1.3. Exceptions

En 1997, la Commission a, sous forme d'une **communication**, résumé les cas dans lesquels la vente de constructions ou d'immeubles par le pouvoir public n'est, selon son appréciation, pas lié à une aide étatique<sup>20</sup>.

Conformément à cette communication, la vente suite à une **procédure d'appel d'offres suffisamment publié, général et inconditionnel** (comparable à une vente aux enchères) ne constitue en général pas une aide étatique. La publication doit s'effectuer pendant une période assez longue (deux mois ou plus) et à plusieurs reprises par la presse nationale, dans les annonces immobilières ou par d'autres organes de publications adéquates. L'appel d'offres est inconditionnel, lorsque, en général, tout acquéreur potentiel, indépendamment de la question de savoir si et dans quelle branche il exerce une activité industrielle, peut acquérir le bâtiment ou le terrain et l'utiliser pour ses besoins économiques. D'éventuelles limitations dues à la protection des voisins ou de l'environnement, à la protection de la santé publique ou dans le but d'éviter des offres purement spéculatives ainsi que les limitations liées au droit de l'aménagement du territoire ne préjudicient pas le caractère inconditionnel de l'offre. Les conditions qui vont au-delà du cadre susmentionné sont considérées comme inconditionnelles, lorsque tous les offrans sont à même d'exécuter l'obligation respective, indépendamment de leur activité économique et de la question de savoir s'ils exercent une activité économique ou pas.

Dans l'hypothèse où l'option pour l'appel d'offres n'a pas lieu, l'idée de l'aide est exclue lorsque, avant l'authentification, un **expert indépendant** fait une évaluation indépendante pour déterminer la valeur et que, de cette manière, la valeur sur le marché est déterminée sur la base

d'indicateurs de marché et de standards d'évaluation reconnus. Si les intéressés conviennent d'accepter la valeur sur le marché déterminée de cette manière comme prix de vente ou si ce dernier excède la valeur sur le marché, il n'y a pas d'obligation de notification. Cependant, si, après plusieurs tentatives, il se révèle impossible de vendre l'immeuble pour le prix constaté dans l'expertise, la Commission considère qu'une **réduction du prix jusqu'à 5% est encore conforme aux principes du marché**. Si l'immeuble ne se vend pas pour le prix réduit, la Commission permet de le faire évaluer de nouveau par l'expert. Dans l'intérêt public, il est possible de faire dépendre la vente de certaines obligations liées à l'immeuble mais pas à la personne de l'acquéreur ou à son activité économique, tant que l'acquéreur serait en général obligé et à même de les exécuter, indépendamment de la question de savoir si et dans quelle branche économique il exerce ses activités industrielles. L'inconvénient économique de telles obligations devrait être évalué séparément selon la Commission. Il peut être imputé sur le prix de vente. Si le pouvoir

- 
- 15 De même, la décision FNCE prononce à ce sujet: La décision définitive mentionnée de la Commission n'a pas pour conséquence la couverture des mesures d'exécution ordonnées en violant l'art. 93 al. 3 phr. 3 CE [actuellement Art. 88 al. 3 phr. 3 CE] et, pour cette raison, invalides. Car, sinon, elles pourraient compromettre les effets directs de cette règle et les intérêts des particuliers, dont la protection incombe, comme nous l'avons dit ci-dessus, aux tribunaux nationaux. Toute autre interprétation favoriserait le non-respect de l'art. 93 al. 3 phr. 3 CE par l'Etat-membre concerné et ferait perdre l'efficacité pratique de la disposition. (CJCE, arrêt du 21 novembre 1991, affaire C-354/90 (FNCE), op. cit., no 16).
- 16 STEINDORFF, EuZW 1997, 7 ss.; le même: ZHR 152 (1988), 7, 8 ss.; SCHROEDER, ZHR 161 (1997), 805, 811 ss.; PECHSTEIN, EuZW 1998, 495; REMMERT, EuR 2000, 476 ss., MARTIN-EHLERS, WM 2003, 1601.
- 17 BGH, décision du 4 avril 2003 – V ZR 314/02, MittBayNot 2004, 250 = WM 2003, 1491 = ZfIR 2004, 73 avec des remarques p.e. de MARTIN-EHLERS, WM 2003, 1601, 1603 ss.; PECHSTEIN, EuZW 2003, 447; KIETHE, RIW 2003, 782, 785, approbateur p.e. KNAPP, MittBayNot 2004, 252, 253. Dans le cas d'espèce, il s'agissait de la confirmation légale de contrats de ventes nuls conformément à l'art. 141 BGB par l'art. 3 a AusglLeistG (loi allemande sur les compensations). Selon le BGH, les contrats de vente portant sur des ventes de terrains agricoles et forestiers anciennement nationalisés à des bailleurs, ventes à perte, étaient nuls en raison de la mesure d'aide prévue dans le contrat mais n'ayant pas fait l'objet d'une notification.
- 18 GRZIWOTZ, ZfIR 2004, 53, 54, n'exclue pas une nullité de la désaisine-saisine suite à une violation des articles 88 al. 3 CE, autre opinion par contre: SCHMIDT-RÄNTSCH, NJW 2005, 106, 109, HÖFINGHOFF, RNotZ 2005, 387, 399 s.
- 19 Les modalités de la procédure de l'examen sont réglées par le Règlement no 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du CE, JO CE L 83, 1 – par la suite "Règlement". Après réception de la notification complète, la Commission doit, dans un délai de deux mois, procéder à un examen provisoire (Art. 2 et 4 Règlement). Si, au cours de cet examen, la Commission constate que la mesure donne lieu à des doutes par rapport à sa compatibilité avec le marché commun, elle ouvre la soi-disant procédure formelle d'examen conformément à l'art. 93 al. 2 CE (Art. 4 al. 4 Règlement). Si la Commission ne prend pas une telle décision dans un délai de deux mois, la mesure est considérée comme autorisée (Art. 4 al. 6 Règlement). La procédure formelle d'examen peut mener au résultat de l'inexistence d'une mesure d'aide (Art. 7 al. 2 Règlement), de la compatibilité de l'aide avec le marché commun (Art. 7 al. 3 VerfVO) ou de l'incompatibilité de l'aide avec le marché commun (Art. 7 al. 5 Règlement).
- 20 Communication de la Commission concernant les éléments d'aide d'État contenus dans des ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics du 10 juillet 1997, JO CE C 209, 3.

public a acquis l'immeuble il y a peu de temps, notamment au cours des trois dernières années, les frais d'acquisition du bâtiment et du terrain payables par le pouvoir public constituent un indicateur pour la valeur sur le marché, qui, à défaut d'expertise par un expert, ne peut pas être supérieur au prix de vente.

En outre, la Commission fait référence à la **règle de minima** dans sa communication. Suite à un Règlement, cette règle est devenue obligatoire<sup>21</sup>. Conformément à cette disposition, les aides qui n'excèdent pas un montant maximum de **200.000.- Euro sur une période de trois années fiscales** (jusqu'au 31 décembre 2006: 100.000.- Euro sur une période de trois ans) ne peuvent pas affecter le commerce entre les Etats membres ou fausser la concurrence. Elles ne sont donc pas soumises à l'art. 87 al. 1 CE et elles ne doivent pas obligatoirement faire l'objet d'une notification. La valeur limite de 200.000.- Euro concerne la somme totale des aides octroyées à une entreprise, indépendamment du genre et de l'objectif de l'aide<sup>22</sup>. En outre, ce plafond s'applique quels que soient la forme et l'objectif des aides, c'est-à-dire que pour chaque nouvelle autorisation d'une aide de minima, il faut respecter la somme totale des aides de minima autorisées dans les trois années fiscales écoulées<sup>23</sup>. Conformément au Règlement, le moment de l'octroi doit être le moment auquel l'entreprise obtient un droit sur l'aide. Les intérêts sont déduits des aides payées par tranches pour déterminer leur valeur au moment de l'octroi<sup>24</sup>.

Toutes les ventes par les pouvoirs publics qui ne s'effectuent pas suite à un appel d'offres comme décrit ci-dessus ou dont la compatibilité avec le marché commun n'est pas prouvée par une expertise ou auxquelles la règle de minima ne s'appliquent pas doivent être notifiées conformément au chiffre 3 de la communication.

#### 2.1.4. Conséquences pour l'authentification notariale

La disposition de minima ne facilite le travail du notaire qu'à première vue. En additionnant toutes les aides, indépendamment de leur forme, des trois années fiscales écoulées, on peut quand-même avoir affaire à une libéralité provenant des pouvoirs publics, même si le prix de vente de l'immeuble n'excède pas les 20.000 € de sorte que la limite de minima est dépassée.

Etant donné que, dans la plupart des cas, les pouvoirs publics ne procèdent pas à un appel d'offre au sens de la communication avant l'authentification des contrats de vente d'immeubles et que, selon la pratique communale actuelle, elle ne demande que très rarement une expertise, il faut se poser la question de savoir si le notaire est obligé de refuser l'authentification dans le cas où la communication de la Commission n'est pas respectée.

La Communication de la Commission du 10 juillet 1997 ne constitue pas un acte au sens de l'art. 249 CE directement applicable dans les Etats membres. La Communication résume plutôt la pratique de l'administration actuelle et fournit aux Etats membres un vade-mecum pour l'obligation de la notification<sup>25</sup>. La Communication elle-même ne justifie donc **pas d'obligations directes pour le notaire**, même si ce dernier est détenteur du pouvoir public. Pour les mêmes raisons, le notaire lui-même

n'est pas non plus obligé de demander une expertise constatant la valeur de l'objet sur le marché. Si les pouvoirs publics et les entreprises ne sont pas obligées de demander l'intervention d'un expert, le notaire ne l'est bien moins encore.

En revanche, le notaire ne peut pas non plus ignorer totalement la pratique de l'administration résumée dans la Communication de la Commission. Si les réquisitions de la Communication sont respectées, le notaire peut, en règle générale, partir de l'idée qu'il ne s'agit pas d'une aide qui doit être notifiée et donc pas d'un contrat invalide. Cependant, le non-respect de la Communication peut au moins donner au notaire le pressentiment qu'il s'agisse d'un acte devant être notifié à la Commission. Le notaire authentifiant l'acte peut, dans le cas d'espèce, décider lui-même que il s'agit, selon sa conviction, d'un immeuble vendu à un prix inférieur à la valeur vénale. Si les **parties déclarent** p.e. dans l'acte que le prix de vente n'est pas inférieur à la valeur vénale, le notaire peut se fier de ces indications effectives des parties. Naturellement, la situation est différente si le notaire évaluant l'immeuble, ne prend pas comme base le prix de vente stipulé, mais un prix plus élevé qui correspond, selon son opinion, à la valeur de l'immeuble<sup>26</sup>.

Etant donné que l'omission de la notification n'oblige pas le notaire au refus de l'authentification, il faut encore se poser la question de savoir si, suite à cette omission, le notaire devrait au moins avoir des doutes concernant la validité de l'acte juridique et s'il devrait annoter ces doutes dans l'acte conformément à l'art. 17 al. 2 Loi sur l'authentification (*BeurkG – Beurkundungsgesetz*). Cependant, une telle annotation de doutes aurait pour conséquence que l'utilité pratique de l'acte ne serait pas illimitée<sup>27</sup>. Pour cette raison, il faut laisser au notaire le soin de décider si, dans le cas d'espèce, l'omission de la communication fait douter de la validité de l'acte<sup>28</sup>. En règle générale, ce n'est pas le cas si les intéressés déclarent qu'il ne s'agit pas d'une aide devant faire l'objet d'une notification conformément à l'art. 87 ss. CE<sup>29</sup>.

21 Règlement no 69/2001 du 12 janvier 2001 sur l'application des articles 87 et 88 du CE sur les aides "De-minima", JO CE L 30/10, avec effet au 1er janvier 2007 remplacé par le Règlement (CE) no 1998/2006 du 15 décembre 2006, JO CE L 379/5 du 28 décembre 2006.

Outre ce soi-disant Règlement d'exemption par catégorie, il existe encore deux autres règles qui prévoient des exceptions de l'obligation de notification, à savoir le Règlement (CE) n° 70/2001 de la Commission, du 12 janvier 2001, concernant l'application des articles 87 et 88 du CE aux aides d'État en faveur des petites et moyennes entreprises (JO CE L 10, 33) et le Règlement (CE) no 68/2001 de la Commission du 12 janvier 2001 concernant l'application des articles 87 et 88 du CE aux aides à la formation (JO CE L 10, 20). L'art. 7 du Règlement no 70/2001 présume pour l'exemption soit que l'entreprise profitant de l'aide ait présenté une demande d'aide auprès des autorités nationales soit qu'il existe un droit à une aide en vertu des dispositions nationales.

22 Art. 2 al. 2 Règlement no 69/2001.

23 Art. 2 al. 2, art. 3 al. 1 et 5. Considérant du Règlement 69/2001.

24 Art. 2 al. 3 Règlement no 69/2001.

25 voir Chiffre I. de la Communauté.

26 Cfr. § 20 al. 1 phr. 2 Loi sur les tarifs.

27 Cfr. WINKLER (note 1), § 17 BeurkG, loi sur l'authentification, no 273.

28 notes 28 et 29 voir page 85.

## 2.2. Respect des dispositions en matière de passation des marchés publics en cas de ventes d'immeubles avec l'obligation de construire et contrats d'aménagement

Différentes décisions de la CJCE relatives au droit communautaire de la passation des marchés publics montrent les éventuels effets sur les contrats d'aménagement et sur les contrats de ventes d'immeubles par le pouvoir public liés à une obligation de construire<sup>30</sup>.

### 2.2.1. Passation des marchés publics et directive portant coordination

Par plusieurs directives, le législateur de la Communauté Européenne a réglé la passation des marchés publics dans les Etats membres au compte de l'Etat, des collectivités territoriales et d'autres institutions de droit public<sup>31</sup>. Il faut respecter certaines procédures concernant l'appel d'offres, les délais pour l'offre, l'exclusion de soumissionnaires et les critères de l'adjudication pour les marchés publics qui excèdent certaines valeurs limites.

- Conformément à la **directive sur la passation des marchés publics** qui devait être transposée en droit interne jusqu'au 1er février 2006<sup>32</sup>, les valeurs limites s'élèvent à 162.000.- Euro ou 249.000.- Euro dans le cas de marchés publics de fournitures et de services et à 6,242 millions Euro dans le cas de marchés publics de travaux.
- Pour assurer le respect de ces dispositions sur la passation des marchés, la soi disante **directive de coordination**<sup>33</sup> dispose que les Etats membres doivent prévoir, dans le cas d'infractions au droit communautaire en matière de marchés publics ou au droit national des différents Etats suite à la transposition du droit communautaire en droit interne, la possibilité d'une vérification efficace et rapide pour permettre l'annulation de décisions illégitimes.

### 2.2.2. Alcatel: La procédure de recours doit être possible

Dans l'affaire **Alcatel**<sup>34</sup>, la CJCE a décidé en 1999 que, en vertu de l'art. 2 al. 1 lit. a) et b) de la directive de coordination que les Etats membres sont tenus, en ce qui concerne la décision du pouvoir adjudicateur, précédant la conclusion du contrat, par laquelle, dans la procédure de passation du marché, il choisit le soumissionnaire avec lequel il conclura le contrat, de prévoir dans tous les cas une **procédure de recours** permettant au requérant d'obtenir l'annulation de cette décision. Il est notamment contraire au droit communautaire que la passation des marchés et la conclusion du contrat ont lieu au même moment et que le soumissionnaire qui n'a pas pu agir peut seulement demander des dommages et intérêts.

### 2.2.3. SECAP et Coditel Brabant: Procédure de passation de marchés et contrôle indépendamment des directives sur la passation de marchés

Selon la jurisprudence maintenant constante de la CJCE, les dispositions essentielles du Traité CE doivent tout de même être respectées en cas de passation de mar-

chés dont la valeur n'est **pas supérieure à la valeur de seuil** fixée dans les directives correspondantes<sup>35</sup> ainsi qu'en cas de **passation de concessions de constructions**<sup>36</sup> ou de services qui ne tombent pas dans le champs d'application des directives sur la passation de marchés.

En cas de concessions de construction ou de services, la rémunération stipulée en faveur du mandataire consiste dans le droit de profiter de sa propre prestation, le paiement s'effectue donc à des tiers. Le concessionnaire assume donc également le risque opérationnel lié à la construction ou aux services.

Le **principe de l'égalité** et l'interdiction de la discrimination en raison de la nationalité justifie notamment une obligation à la transparence dans le cas de marchés et concessions transfrontaliers.

- Selon la jurisprudence de la CJCE, les marchés ont une importance transfrontalière lorsqu'ils sont censés attirer des opérateurs économiques d'autres Etats membres, p. e. en raison de leurs caractéristiques techniques ou du lieu prévu pour la réalisation des travaux<sup>37</sup>.
- Il faudrait alors garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un **degré de publicité** adéquat permettant une ouverture de la concession des servi-

28 Cependant, dans le cas du non-respect de la Communication, le notaire peut p.e. insérer dans l'acte une annotation disant qu'il a informé les parties sur la Communication de la Commission du 10 juillet 1997 concernant les éléments d'aide d'Etat contenus dans les ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics et que les parties déclarent qu'il ne s'agit pas d'une aide devant faire l'objet d'une notification conformément aux art. 88 ss. CE.

29 Le notaire peut, en cas de non-respect de la communication, insérer dans l'acte une annotation disant que le notaire a informé les parties sur la Communication de la Commission du 10 juillet 1997 concernant les éléments d'aide d'Etat contenus dans les ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics.

30 Le respect du droit de la passation des marchés dans le contexte de transformations n'est pas traité ici; voir à ce sujet SUPPLIET, *Ausgliederung nach § 168 UmwG*, 2005, p. 81.

31 Les directives datant partiellement encore de l'année 1971 ont été remplacées par la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO CE L 134, 1) et par la directive du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO CE L 134, 114).

32 L'Allemagne n'a pas encore transposé ces règles en droit interne. Aux termes des anciennes directives, les limites étaient fixées à 200.000.- Euro pour les marchés de services et à 5 millions Euro pour les marchés de travaux.

33 Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures, de travaux et de services, JO L 395, 33.

34 CJCE, arrêt du 28 octobre 1999, affaire C-81/98 (*Alcatel*), Rec. 1999, I-7671, no 43.

35 Voir p.e. CJCE, arrêt du 15 mai 2008, affaires C-147/06 et C-148/08 (*SECAP*), pas encore publié dans le Recueil officiel, avec l'indication d'autres sources.

36 CJCE, arrêt du 13 septembre 2007, affaire C-260/04 (*Commission/Italie*), Rec. 2007, I-7083, no 22 ss.; CJCE, arrêt du 13 novembre 2008, rec. C-324/07 (*Coditel Brabant*), pas encore publié dans le recueil officiel.

37 CJCE, arrêt du 15 mai 2008, affaire C-147/06 et C-148/06 (*SECAP*), op. cit. no 24.

ces à la concurrence ainsi que le **contrôle** de l'impartialité des procédures d'adjudication. Il appartient à l'autorité publique concédante d'apprécier, sous le contrôle des juridictions compétentes, l'adéquation des modalités de mise en concurrence. Toutefois, l'absence totale d'une mise en concurrence dans le cas de l'attribution d'une concession de services publics n'est pas conforme aux exigences des articles 43 CE et 49 CE non plus qu'aux principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence<sup>38</sup>.

#### 2.2.4. Transposition en Allemagne

Les dispositions de la directive sur la passation des marchés publics et de la directive sur le recours ont été transposées en droit **allemand** interne par les art. 97 ss. *GWB* (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* – Loi sur les limitations de la concurrence). L'art. 13 de la Loi sur la passation des marchés publics (*Vergabeverordnung* – VgV) promulguée sur la base de l'autorisation de l'art. 97 al. 6 *GWB* dispose que le pouvoir adjudicateur doit indiquer aux soumissionnaires, au plus tard 14 jours avant la conclusion du contrat, le nom du soumissionnaire dont l'offre sera acceptée et la raison pour le rejet prévu de leur offre. Conformément à l'art. 13 phr. 4 ancienne version ou phr. 6 nouvelle version, un contrat passé avant l'échéance du délai de 14 jours ou sans que l'information nécessaire ait été fournie est nulle.

Aux termes d'un arrêt de la Cour Fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof* – **BGH**) de l'année 2005, même à la lumière de la décision Alcatel, l'objectif de la disposition mentionnée n'exige pas une nullité générale du contrat conclu au moment de la passation des marchés publics, même dans le cas où aucun soumissionnaire insuffisamment informé ne se pourvoit de son droit de protection vis-à-vis de la décision de la passation du marché<sup>39</sup>. Selon la jurisprudence du BGH, il est donc nécessaire une réduction téléologique de l'art. 13 phr. 6 VgV. Le contrat né au moment de la passation du marché serait en général nul seulement dans le cas où un soumissionnaire qui se voit lésé dans ses droits d'information se prévaut de son droit à l'information et demande une procédure de contrôle de passation de marché. L'affaire dont le BGH avait été saisi concernait la demande de dommages et intérêts de la part d'un pouvoir adjudicateur en raison de l'inexécution du contrat. L'attributaire avait essayé de se défendre en invoquant le défaut d'information des soumissionnaires dont l'offre n'avait pas été acceptée et la nullité du contrat en résultant. Il semble justifié, au moins dans une telle situation, d'interdire à l'attributaire, qui avait été le bénéficiaire à l'origine, de se prévaloir de la nullité du contrat.

A mon avis, la conclusion générale du BGH selon laquelle le contrat est seulement nul si les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été acceptée introduisent l'instance prend au droit communautaire une partie de ses effets. Du point de vue juridique, la validité du contrat oblige à l'exécution du contrat. Il est donc plus probable que le contrat est exécuté et que l'intérêt à l'exécution se perd. En même temps, un nouvel appel d'offres en bonne et due forme devient moins probable. Si un soumissionnaire dont l'offre est refusée demande postérieurement la nullité de la passation du marché, il a seulement un droit aux dommages et intérêts après l'exécution du contrat. Cela est d'autant plus vrai dans le cas où il n'y avait pas d'appel d'offre et que les soumissionnaires ont eu connaissance de la passation du marché par hasard. Selon le BGH, les dommages et intérêts ne sont pourtant pas suffisants pour sanctionner la passation du marché qui n'a

pas eu lieu. Du point de vue du BGH, il aurait été souhaitable de demander au moins une décision préjudicielle à la CJCE en la matière.

Même si on suit la décision du BGH interprétant l'art. 13 phr. 6 VgV de manière restrictive, cela signifie pour le notaire authentifiant l'acte que l'acte portant sur une passation de marché public excédant les valeurs limites citées ci-dessus est probablement nul.

#### 2.2.5. *Scala de Milan*: La procédure de passation des marchés publics est nécessaire pour le contrat d'aménagement

En 2001, la CJCE, saisie d'une demande préjudicielle portant sur l'assainissement de la Scala de Milan<sup>40</sup> et la construction d'un théâtre provisoire pour la période de l'assainissement, a décidé que même la conclusion d'un contrat d'aménagement conformément à la loi italienne est soumise aux dispositions de la directive sur la passation des marchés publics. Selon la CJCE, la commune doit soit elle-même procéder à la procédure de passation des marchés publics soit obliger le responsable de l'aménagement de respecter les procédures de la directive mentionnée lors de la passation définitive des marchés de travaux, pourvu que cela est possible sur la base du droit national.

Conformément au **droit italien**, la commune ne peut octroyer l'autorisation de construire un ensemble de bâtiments sur la base d'un plan d'aménagement qu'après la conclusion d'un contrat qui doit mentionner entre autres les terrains nécessaires pour l'équipement de desserte secondaire<sup>41</sup>. Aux termes de l'art. 4 al. 2 de la loi no 847/64<sup>42</sup>, on entend par la notion d'équipement de desserte les crèches, les jardins d'enfants, les écoles obligatoires ainsi que les installations et bâtiments pour les écoles supérieures, les marchés de quartiers, les services détachés de l'administration municipale, les églises et d'autres lieux de culte, les terrains de sport du quartier, les centres sociaux ainsi que les institutions culturelles et de santé et les parcs de quartiers.

38 CJCE, arrêt du 13 octobre 2005, affaire C-458/03 (*Parking Brixen*), Rec. 2005, I-8612, no 50.

39 BGH, décision du 22 février 2005 – KZR 36/03, BauR 2005, 1026 = DB 2005, 1380 = NVwZ 2005, 845; toutes les décisions du BGH de l'année 2000 sont également publiées sur Internet: [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de).

40 CJCE, arrêt du 12 juillet 2001, C-399/98 (*Ordine degli Architetti entre autres*), Rec. 2001, I-5409.

41 Art. 28 al. 5 de la loi no 1150 du 17 août 1942 sur l'urbanisme (*Legge urbanistica*, GURI no 244 du 17 août 1942) dans la version de la loi-cadre no 765 du 6 août 1967.

42 Loi no 847 du 29 septembre 1964 sur l'autorisation des communes et des associations de communes de contracter un emprunt pour l'acquisition de terrains conformément à la loi no 167 du 18 avril 1962 (*Legge n° 847, autorizzazione ai Comuni e loro consorzi a contrarre mutui per l'acquisizione delle aree ai sensi della legge 18 aprile 1962, n° 167*), modifiée par l'art. 44 de la loi no 865 du 22 janvier 1971 et l'art. 17 de la loi no 67 du 11 mars 1988.

### 2.2.6. *Auroux e. a. contre la ville de Roanne: Procédure de passation de marchés est nécessaire même sans que le pouvoir public acquière des immeubles*

En continuant sa jurisprudence, la CJCE a décidé en 2007, sur demande du *Tribunal administratif de Lyon*, que le droit de la passation de marchés devra être respecté lors de la conclusion d'une convention publique d'aménagement en vertu du droit français, même si le pouvoir adjudicateur n'est ou ne deviendra pas propriétaire de la construction ou d'une partie de celle-ci<sup>43</sup>.

**Faits:** La convention entre la ville de Roanne et la société d'économie mixte en tant qu'entrepreneur avait prévu la réalisation d'un pôle loisirs sous forme d'un multiplexe cinématographique, de locaux commerciaux, d'autres ouvrages, d'un parc de stationnement ainsi que de voies d'accès. L'attributaire du marché public était censé acheter les terrains et effectuer les travaux. Les terrains bâtis devaient être vendus par l'attributaire du marché public à des tiers. Le parc de stationnement et les terrains qui n'auraient pas été vendus au moment du bilan de clôture, devraient devenir automatiquement la propriété de la ville. Il est stipulé que la commune de Roanne contribuera au financement de l'ensemble des ouvrages à réaliser pour un montant s'élevant à plusieurs millions d'euros; il devait être payé 8 millions d'euros pour le transfert des ouvrages non encore vendus et 2,95 millions d'euros pour le transfert du parc de stationnement.

Notamment le gouvernement français avait avancé l'argument qu'il ne s'agissait pas d'un marché public de travaux, car les constructions étaient destinées à la vente à des tiers et ne seraient donc pas conformes aux exigences de la ville.

L'achat du parking constituerait en principe un acte de vente d'une non encore achevée.

La CJCE a rejeté cet argument en décidant que l'application du droit de la passation des marchés ne dépendrait pas de la question de savoir si le pouvoir adjudicateur deviendra **propriétaire de la construction** ou pas.

- Le pôle loisirs constituerait un ouvrage au sens de l'art. 1 lettre c) de la directive sur la passation de marchés<sup>44</sup> et remplirait une fonction économique, c'est-à-dire qu'il est lié à des activités économiques et de prestations de services.
- La commune agirait comme adjudicateur public, la société d'économie mixte comme entrepreneur.
- Selon la CJCE, la convention publique d'aménagement est à titre onéreux, car la ville paierait une somme d'argent au moins pour le transfert du parc de stationnement. Les éléments de la prestation de services faisant partie de la convention, comme l'acquisition foncière, la procuration des moyens financiers, l'organisation d'un concours d'architecture et/ou d'ingénierie, la commercialisation des ouvrages, font partie intégrante de la convention, de l'achèvement de la construction.

Sur une autre demande du *Tribunal administratif de Lyon*, la CJCE a décidé, dans la même affaire, que le fait que **l'attributaire du marché** en tant qu'adjudicateur public est lui-même obligé de **respecter le droit de la passation des marchés** n'a aucune influence sur l'application de la directive. Une éventuelle exception de l'appli-

cation de la directive dans ce cas ne serait pas prévue dans la directive. Autrement, dans le cas des marchés subséquents, la valeur de ces sous-marchés risquerait d'être inférieure à la valeur de seuil. On contournerait donc la directive.

Cependant, dans une autre affaire, la **Commission Européenne** a décidé que la simple stipulation d'un droit de rachat de la commune sans l'obligation de construire n'aurait pas pour conséquence l'application du droit de la passation des marchés. Pour cette raison, elle a suspendu une procédure d'infraction contre l'Allemagne<sup>45</sup>.

### 2.2.7. *Cour d'Appel de Düsseldorf (Allemagne): Nécessité d'une procédure de passation de marchés dans le cas de ventes d'immeubles avec l'obligation de construire*

La décision de la CJCE dans l'affaire Roanne a amené la Cour d'Appel de Düsseldorf, dans plusieurs décisions, de demander le respect du droit de la passation des marchés dans le cas de ventes d'immeubles par le pouvoir public lorsque le contrat y relatif contient également **l'obligation de l'acquéreur de réaliser un ouvrage**<sup>46</sup>.

Le législateur allemand a corrigé la jurisprudence de la Cour d'Appel de Düsseldorf, qui, selon son avis, irait trop loin, en modifiant le droit national de la passation de marchés<sup>47</sup>.

Suite à sa décision du 2 octobre 2008<sup>48</sup>, la Cour d'Appel de Düsseldorf a présenté des demandes de décision préjudicielle à la Cour **CJCE**, apparemment pour réagir à la modification imminente du *GWG (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* – loi contre les restrictions à la concurrence):

43 CJCE, arrêt du 18 janvier 2007, affaire C-220/05 (*Jean Auroux e.a. contre la commune de Roanne*), Rec. 2007, I-385.

44 Dans le cas concret: directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199,54) dans la version modifiée par la directive 97/52/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 octobre 1997 (JO L 328,1).

45 Décision du 5 juin 2008, IP(08)/867 (*Stadtwerke Flensburg*).

46 Cour d'Appel de Düsseldorf, décision du 13 juin 2007 – VII-Verg 2/07 (*Fliegerhorst-Alhorn*), NZBau 2007, 530 = VergabeR 2007, 406 = VergabeR 2007, 634 = ZfIR 2007, 859 avec des annotations de GRZIWOTZ; décision du 12 février 2007 – VII VerG 30/07 (*Wuppertal-Vohwinkel*), NZBau 2008, 138 = VergabeR 2008, 99 = ZfBR 2008, 207; décision du 6 février 2008 – VII VerG 37/07 (*Oer-Erkenschwick*), IBR 2008, 169 = KommJur 2008, 188 = NZBau 2008, 271 = VergabeR 2008, 229 = ZfIR 2008, 254).

47 Modification de l'art. 99 al. 3 et 6 GWB (loi contre les restrictions à la concurrence) par la loi relative à la modernisation de la passation des marchés; voir projet du gouvernement, imprimé du Bundesrat 349/08 du 2 mai 2008 = imprimé de la diète fédérale 16/10117 du 13 août 2008; recommandation de décision et rapport du comité pour l'économie et la technologie de la diète fédérale; imprimé de la diète fédérale 16/11428 du 17 décembre 2008; prise de décision par la diète fédérale, imprimé du Bundesrat 35/09 du 23 janvier 2009. A l'heure limite de la rédaction le Bundesrat avait déjà voté pour la loi, mais la loi n'était pas encore promulguée.

48 Cour d'Appel de Düsseldorf, décision du 2 octobre 2008, Verg 25/08, NZBau 2008, 727. La procédure est enregistrée sous le numéro d'affaire C-451/08 (*Helmut Müller*) auprès de la CJCE.

- 1) Convient-il de comprendre la notion de marché public de travaux à l'article 1er, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services<sup>1</sup>, en ce sens que la prestation de travaux est effectuée matériellement ou physiquement pour le compte du pouvoir adjudicateur et dans l'intérêt économique direct de celui-ci ?
- 2) Dans la mesure où la notion de marché public de travaux au sens de l'article 1er, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18/CE ne permet pas de faire abstraction de l'élément "obtention [de quelque chose]" : peut-on admettre en vertu de la deuxième hypothèse visée dans cette disposition qu'il y a une telle obtention lorsque les travaux doivent satisfaire un objectif public défini pour le pouvoir adjudicateur (servir, par exemple, le développement urbanistique d'une partie de la commune) et que le contrat confère au pouvoir adjudicateur la compétence de s'assurer que l'objectif public sera atteint et que l'ouvrage sera réalisé à cet effet ?
- 3) La notion de marché public de travaux exige-t-elle, dans la première ou la deuxième hypothèse visée à l'article 1er, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18/CE, que l'entrepreneur soit tenu directement ou indirectement de réaliser les prestations de travaux ? Faut-il que l'exécution d'une telle obligation puisse être réclamée en justice ?
- 4) La notion de marché public de travaux suppose-t-elle en application de la troisième hypothèse visée à l'article 1er, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18/CE que l'entrepreneur soit tenu de fournir des prestations de travaux ou que ces prestations forment l'objet du marché ?
- 5) Des marchés par lesquels, à travers les besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, l'affectation de l'ouvrage à construire à la satisfaction d'un objectif public défini doit être garantie et par lesquels le pouvoir adjudicateur (en vertu de l'accord contractuel) est investi en même temps (dans son intérêt indirect propre) de la compétence de s'assurer que l'ouvrage pourra bien être affecté à la satisfaction de l'objectif public défini relèvent-ils de la notion de marché public de travaux au sens de la troisième hypothèse visée à l'article 1er, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18/CE ?
- 6) Est-il légitime de parler de "besoins précisés par le pouvoir adjudicateur" au sens de l'article 1er, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18/CE lorsque les prestations de construction doivent être effectuées d'après des plans vérifiés et approuvés par le pouvoir adjudicateur ?
- 7) La concession de travaux publics est-elle à exclure en application de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE lorsque le concessionnaire est ou devient propriétaire du terrain sur lequel l'ouvrage doit être édifié ou lorsque la concession a été attribuée sans limitation de durée ?
- 8) La directive 2004/18/CE s'applique-t-elle (ce qui entraîne l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de lancer une procédure de marché) lorsque l'achat du terrain par un tiers et l'attribution d'un marché public de travaux sont décalés dans le temps, que, au moment de la conclusion de la transaction portant sur le terrain, le marché public de travaux n'a pas encore été attribué mais que, à ce même moment, le pouvoir adjudicateur a l'intention de passer un tel marché ?
- 9) Les opérations distinctes mais reliées de cession du terrain et [d'adjudication] d'un marché public de travaux sont-elles à considérer comme un tout lorsque cette ad-

judication était envisagée au moment de la conclusion de la vente du terrain et que les intéressés ont établi sciemment un lien étroit d'un point de vue matériel et aussi, le cas échéant, chronologique, entre les divers contrats (voir l'arrêt du 10 novembre 2005, Stadt Mödling, C-29/04) ?

La CJCE aura donc l'occasion de développer sa jurisprudence.

### 2.2.8. *pressetext Nachrichtenagentur*: Nouvelle adjudication seulement en cas de modifications essentielles du contrat

Soit dit en passant, la CJCE, dans sa décision *pressetext*<sup>49</sup>, a pris position sur la question de savoir dans quelles conditions il faudrait considérer les modifications d'un contrat déjà existant entre un pouvoir adjudicateur et un prestataire de services comme nouvelle adjudication au sens de la directive 92/50<sup>50</sup>. Selon cette décision, la nouvelle adjudication est nécessaire lorsque les dispositions du marché public présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché.

- Selon la CJCE, la modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue.
- De même, une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des **services non initialement prévus** ou lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial.

En l'occurrence, la CJCE a considéré le transfert du marché à une filiale détenue à 100% par le pouvoir adjudicateur initial comme une réorganisation interne du cocontractant laquelle ne modifie pas de manière essentielle les termes du marché initial. De même, le fait de prévoir une clause de renonciation à résiliation en faveur de l'adjudicataire durant une période de trois ans pendant la période de validité d'un marché de services conclu pour une durée indéterminée ne constitue pas une modification essentielle.

### 2.2.9. Conséquences pour l'authentification notariale

Les décisions de la CJCE citées dans le présent rapport et les décisions de la Cour d'Appel de Düsseldorf ont des conséquences importantes pour la pratique notariale. Si la

49 CJCE, arrêt du 19 juin 2008, affaire C-454/06 (*pressetext Nachrichtenagentur GmbH/Republik Österreich e.a.*), pas encore publié dans le recueil officiel, avec des annotations de NIESTADT/HÖLZL, *Um Kleinigkeiten kümmert sich der Prätor nicht!*, NJW 2008, 3321 ss.

50 Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 sur la portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, JO L 209, 1.

jurisprudence de la Cour d'Appel de Düsseldorf s'impose et est confirmé par la CJCE – et il y a décidément beaucoup d'arguments pour – non seulement les contrats d'aménagement, mais également les contrats de ventes d'immeubles avec l'obligation de construire risqueront d'être nuls.

La **valeur limite de 6,242 millions Euro** ou auparavant 5 millions Euro dans le cas de contrats de construction publics réduit le problème aux grands projets communaux ou étatiques. Néanmoins, il ne faut pas sous-estimer l'importance pratique de ces contrats vu la tendance de fonder du partenariat entre le secteur public/privé (*Private Public Partnership*) et la privatisation croissante d'institutions communales étatiques.

Dans le cas de **contrats d'aménagement**, le notaire intervenant dans l'acte n'a pas de problèmes à déterminer le volume des commandes, étant donné que le total des débours du maître d'ouvrage correspond à la valeur vénale en tant que base de l'évaluation<sup>51</sup>. Dans le cas de ces contrats de construction, le notaire devra alors être obligé d'informer les parties sur les dispositions relatives à l'adjudication. Sinon, les parties sont confrontés au risque que l'acte soit déclaré nul (art. 13 phr. 6 VgV). Selon le BGH, il est annulable au moins postérieurement<sup>52</sup>.

- Dans le cas de **ventes d'immeubles** de la part du pouvoir public avec l'obligation de construire, la constatation d'avoir atteint la valeur seuil n'est possible que sur la base des indications des parties.

Il est difficile pour le notaire d'apprécier si le marché public revêt une **importance transfrontalière**. Pour la sécurité, il est recommandable de prévoir une clause contractuelle disposant que l'adjudicateur public déclare, après avoir donné des informations sur le droit de l'adjudication, que les dispositions sur le droit de l'adjudication nationales et communautaires ont été respectées ou que les valeurs seuils nationales ou communautaires ne sont pas atteintes et que le marché n'a pas d'importance transfrontalière.

### 2.3. Conditions d'admissibilité des autorisations dans le cas d'acquisition d'immeuble transfrontalière

Les ordres juridiques des Etats membres prévoient différentes obligations d'autorisations, de communications et d'information. Dans le cas d'acquisitions d'immeubles par des non-citoyens de l'UE ou par des entreprises régies par la loi d'un autre Etat membre, ces dispositions sont au centre de l'intérêt du droit communautaire. Les dispositions concernant en particulier les non-citoyens de l'UE provoquent la défiance de la Commission.

#### 2.3.1. Les libertés fondamentales concernées

Déjà en 1988, la CJCE a pris position sur la question du traitement inégal de citoyens de l'UE désirant acquérir des immeubles<sup>53</sup>. Dès lors, la CJCE a concrétisé les conditions d'admissibilité de telles restrictions<sup>54</sup>.

- Conformément à la jurisprudence de la CJCE, les restrictions à l'acquisition d'immeubles doivent respecter les critères de **la liberté de déplacement des travailleurs, la libre prestation des services, la liberté**

**d'établissement et la libre circulation des capitaux**<sup>55</sup>. Le droit d'acquérir ou d'utiliser des immeubles dans un autre Etat membre ou d'en disposer constitue un complément nécessaire à ses libertés fondamentales selon la CJCE<sup>56</sup>. Cela résulte notamment de l'art. 44 al. 2, lit. e CE (auparavant Art. 54 al. 3, lit. e Traité CE) qui confère au Conseil et à la Commission le droit de pourvoir à la liberté d'établissement, de supprimer les restrictions à l'acquisition d'immeubles ainsi que des programmes généraux sur la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services<sup>57</sup>. Il résulte de ces dispositions expresses que l'art. 295 CE (auparavant Art. 222 Traité CE), aux termes duquel le CE ne touche pas les régimes de propriété des différents Etats membres, ne fait pas non plus obstacle à l'acquisition d'immeubles<sup>58</sup>. Même les résidences secondaires sont soumises au régime de protection des libertés fondamentales<sup>59</sup>.

- En outre, l'acquisition d'immeubles tombe dans le champ d'application de **la libre circulation des capitaux** conformément à l'art. 56 ss. CE (auparavant l'Art. 73b ss. Traité CE)<sup>60</sup>. Il résulte de l'annexe I de la directive CE 88/36<sup>61</sup> toujours applicable à cet égard<sup>62</sup> que la libre circulation des capitaux comprend également tous les actes juridiques par lesquels les non-citoyens de l'UE réalisent des investissements immobiliers dans un autre Etat membre. L'acquisition tombe également dans le champ d'application de la libre circulation des capitaux si les autres libertés fondamentales ne sont pas concernées. Pour cette raison, chaque acquisition d'immeuble d'un citoyen de l'UE dans un autre Etat membre tombe au moins dans le champ d'application de la libre circulation des capitaux<sup>63</sup>.

51 KORINTENBERG, *Kostenordnung*, 16<sup>e</sup> éd. 2005, § 39, no 37.

52 Comme ici également GRZIWOTZ, in *Beck'sches Notar-Handbuch*, 4<sup>ème</sup> ed. 2006, A XI, no 29.

53 CJCE, arrêt du 14 janvier 1988, affaire C-63/86 (*Commission contre l'Italie*), Rec. 1989, 29 ss.

54 Voir finalement les arrêts de la CJCE du 1<sup>er</sup> décembre 2005, affaire C-213/04 (*Burtscher*), Rec. 2005, I-10309.

55 CJCE, arrêt du 1<sup>er</sup> juin 1999, affaire C-302/97 (*Konle*), Rec. 1999 I-3099, no 22.

56 CJCE, arrêt du 30 mai 1989, affaire C-305/87 (*Commission contre la Grèce*), affaire 1989, 1461, no 19, 22, 24.

57 Programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement du 18 décembre 1961, JO 1962, 36 et Programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement du 18 décembre 1961, JO 1962, 32.

58 CJCE, arrêt du 6 novembre 1984, affaire C-182/83 (*Fearon*), Rec. 1984, 3677, no 6 ss.; arrêt du 1<sup>er</sup> juin 1999, affaire C-302/97, (*Konle*), op. cit., no 38.

59 CJCE, arrêt du 14 janvier 1988, affaire C-63/86 (*Commission contre l'Italie*), Rec. 1989, 29, no 19, arrêt du 16 juin 1992, affaire C-351/90 (*Commission contre le Luxembourg*), Rec. 1992, I-3945, no 12.

60 CJCE, arrêt du 1<sup>er</sup> juin 1999, affaire C-302/97 (*Konle*), op. cit., no 22.

61 Nomenclature pour le flux de capitaux, Annexe I à la directive 88/361 du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en oeuvre de l'article 67 du traité (JO L 178, 5).

62 CJCE, arrêt du 16 mars 1999, affaire C-222/97 (*Trummer*), Rec. 1999, I-1661, no 21.

63 Outre ces dispositions de droit primaire, l'acquisition d'immeubles est également régie par quelques dispositions du droit secondaire. Art. 9

### 2.3.2. Interdiction de la discrimination

Pour concrétiser l'interdiction générale de la discrimination de l'art. 12 CE (auparavant Art. 6 Traité CE), les libertés fondamentales interdisent les **discriminations ouvertes** liées à la nationalité ainsi que les **discriminations cachées** liées formellement à d'autres critères qui, en général, ne peuvent toutefois être remplis ou non que par les propres ressortissants, comme p.e. la résidence ou le siège d'une société<sup>64</sup>.

Aux termes de la jurisprudence de la CJCE, les restrictions discriminatoires ne sont admissibles que sur la base de **l'ordre public, de la sécurité et de la santé**.

### 2.3.3. Proportionnalité dans le cas de restrictions non-discriminatoires

Les restrictions non-discriminatoires à l'acquisition d'immeubles peuvent par contre déjà être justifiées par des objectifs dans l'intérêt général, comme l'aménagement du territoire, la protection de la structure économique régionale<sup>65</sup>, l'empêchement de spéculations foncières<sup>66</sup> ou le maintien d'entreprises agricoles viables<sup>67</sup>.

En plus, les restrictions ouvertes et cachées doivent permettre, sur la base du principe de la proportionnalité, de réaliser les objectifs qui s'y rattachent; elles ne doivent pas dépasser les limites établies pour la réalisation de cet objectif<sup>68</sup> et ils doivent rester dans un rapport équilibré avec les objectifs poursuivis.

### 2.3.4. En particulier : obligation d'autorisation et d'inscription

La CJCE a décidé, notamment en ce qui concerne les **obligations d'autorisation** préalables en matière d'aliénation d'immeubles par un non-citoyen de l'UE que de telles obligations d'autorisations ne doivent pas avoir pour effet de faire dépendre l'exercice de la liberté fondamentale du pouvoir discrétionnaire de l'administration et de rendre illusoire ainsi p.e. l'exercice du droit de la libre circulation des capitaux<sup>69</sup>. Une telle obligation d'autorisation est alors inadmissible si les objectifs poursuivis peuvent être réalisés également par un système d'inscription adéquat. Par conséquent, en 1999, la CJCE a considéré comme inadéquat le système tyrolien d'une autorisation préalable pour l'acquisition de terrains bâtis, étant donné qu'un système de déclaration écrite préalable par l'acquéreur avec la possibilité de l'intervention postérieure des autorités en cas de non-respect de la déclaration constitue un moyen plus souple pour réaliser les objectifs de l'aménagement du territoire et renforcer l'économie régionale (affaire **Konle**<sup>70</sup>). Par l'arrêt du 5 mars 2002 dans l'affaire Reisch concernant les normes de Salzbourg ainsi que par l'arrêt du 15 mai 2002 dans l'affaire **Salzmann**<sup>72</sup> concernant la loi réglementant la vente et l'affermage des terres de Vorarlberg, la CJCE a maintenu sa jurisprudence et précisé qu'un système de l'autorisation préalable est disproportionnée également dans le cas d'acquisitions de terrains non-bâtis.

De plus, la CJCE a décidé déjà auparavant que l'obligation de l'autorisation dans le cas de l'acquisition par des non-italiens d'immeubles situés dans certaines régions de

la côte et dans des zones touristiques en Italie, autorisation que le législateur italien avait justifiée par le motif de la défense nationale, est contraire à la libre circulation de capitaux<sup>73</sup>. Selon la CJCE, la situation ne serait différente que s'il était possible d'argumenter devant le tribunal national compétent qu'un traitement non-discriminatoire des ressortissants de tous les Etats membres serait lié à des risques réels, concrets et graves pour les intérêts militaires de l'Etat membre en question, risques qui ne pourraient pas être détournés d'une manière moins radicale.

Pendant, également en matière de **procédures d'inscription**, plus souples, la CJCE a récemment prononcé l'avis que la sanction d'une invalidité rétroactive du contrat de vente dans le cas d'une production retardée de l'inscription requise par le -citoyen d'un autre Etat membre

---

al. 1 du Règlement no 1612/68 (Règlement (CEE) no 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JO L 257, 2) prévoit que les travailleurs qui ont la nationalité d'un Etat membre et qui sont employés sur le territoire d'un autre Etat membre bénéficient des mêmes droits et avantages que les ressortissants de ces pays en ce qui concerne leur logement, y compris l'acquisition de la propriété du logement dont ils ont besoin. Conformément à l'art. 1 al. 1 de la directive 90/364 (directive du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour (90/364), JO L 180 du 13 juillet 1990, 26 s.), les Etats membres confèrent le droit de séjour aux ressortissants d'autres Etats membres ne bénéficiant pas encore de ce droit en raison d'autres dispositions du droit communautaire ainsi qu'aux membres de leurs familles si eux-mêmes et les membres de la famille disposent d'une assurance maladie et de ressources d'existence suffisantes. L'art. 1 de la directive 90/365 (Directive 90/365/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour des travailleurs salariés ou non salariés ayant cessé leur activité (90/365), JO L 180 du 13 juillet 1990, 28 s.) confère le même droit aux travailleurs salariés ayant cessé leur activité et aux personnes exerçant une profession libérale s'ils reçoivent une pension de retraite garantissant leur existence et aussi aux membres de leur familles. Finalement, il faut mentionner la directive 93/96 (Art. 1 et 2 de la directive du Conseil du 29 octobre 1993 relative au droit de séjour des étudiants (93/96), JO CE L 317, 59 s.) qui élargit le droit de séjour aux étudiants et aux membres de leur famille.

- 64 Voir p.e. les arrêts de la CJCE du 12 février 1974, affaire 152/73 (*Sotgiu*), Rec. 1974, 153, no 11 ss. (relative à la libre circulation des travailleurs salariés); du 28 avril 1977, affaire 71/76 (*Thierry*), Rec. 1977, 765, no 13 (relative à la liberté d'établissement); du 18 mars 1980, affaire 62/79 (*Coditel*), Rec. 1980, 88, no 15, du 22 janvier 1998, affaire C-266/96 (*Corsica Ferries*), Rec. 1998, I-3949, 4000, no 56 (relative à la liberté d'établissement).
- 65 CJCE, arrêt du 1 juin 1999, affaire C-302/97 (*Konle*), op. cit., no 40.
- 66 CJCE, arrêt du 6 novembre 1984, affaire C-182/83 (*Fearon*), op. cit., no 3 ss.
- 67 CJCE, arrêt du 23 septembre 2003, affaire C-452/01 (*Ospelt*), Rec. 2003, I-9743, no 39.
- 68 CJCE, arrêt du 30 novembre 1995, affaire C-55/94 (*Gebhard*), Rec. 1995, I-4165, no 37.
- 69 CJCE, arrêt du 23 février 1995, affaire C-358/93 et C-416/93 (*Bordessa*), Rec. 1995, I-361, no 25; du 14 décembre 1995, affaire C-163/94, C-165/99 et C-250/94 (*Sanz de Lera*), Rec. 1995, I-4821, no 25; du 1er juin 1999, Rs. C-302/97 (*Konle*) op. cit., no 44.
- 70 CJCE, arrêt du 1er juin 1999, affaire C-302/97 (*Konle*), op. cit., no 46 ss. L'exception fait pour les résidences secondaires lors de l'adhésion de l'Autriche à l'Union Européenne s'appliquait à la situation juridique le 1er janvier 1995. Dès lors, la plupart des règles autrichiennes ont été modifiées et sont maintenant plus sévères.
- 71 CJCE, arrêt du 5 mars 2002, affaire C-515/99, C-519/99 bis C-524/99 et C-526/99 bis C-540/99 (*Reisch*), Rec. 2002, I-2157.
- 72 CJCE, arrêt du 15 mai 2003, affaire C-300/01 (*Salzmann*), Rec. 2003, I-4899.
- 73 CJCE, arrêt du 13 juillet 2000, affaire C-423/98 (*Albore*), Rec. 2000, I- 5965.

n'est pas dans un rapport proportionné avec l'objectif poursuivi, à savoir d'éviter l'utilisation illégale de terrains à des fins de vacances<sup>74</sup>. De telles dispositions sont donc invalides.

Outre les résidences secondaires, sont au centre de l'intérêt de décisions plus récentes de la CJCE les limitations dans le cas d'une acquisition de **biens fonciers ruraux**.

Dans l'affaire **Ospelt et Schlössle Weissenberg**<sup>75</sup>, la CJCE a pris position sur l'obligation d'autorisation en cas de terrains agricoles et forestiers aux termes de la Loi sur les transactions immobilières de Vorarlberg. Cette procédure ne revêt pas uniquement une importance pour les notaires, mais elle montre également que le droit communautaire peut pénétrer profondément dans les régimes de propriété des différents Etats membres.

**Faits:** Dans l'affaire *Ospelt*, la Commission Régionale pour la transmission d'immeubles de la région de Vorarlberg (*Grundverkehrs-Landeskommission*) a interdit l'apport d'une exploitation agricole et forestière d'une superficie d'environ 43 ha, à laquelle appartenait également un château, dans une fondation avec siège au Liechtenstein. La propriétaire, également ressortissante du Liechtenstein, habitait elle-même le château. La plupart des terrains agricoles et forestiers étaient données à bail à des tiers. La propriétaire des terrains était censée être la bénéficiaire de la fondation. L'apport des terres dans la fondation avait pour objectif d'éviter un partage successoral de cette propriété familiale. La fondation a déclaré à l'autorité compétente de l'autorisation que les terres devaient continuer à être données à bail aux mêmes fermiers qui les détenaient à ce moment-là. La loi sur les transactions immobilières de Vorarlberg ne prévoyait pas d'autorisation spéciale pour l'acquisition de terrains agricoles ou forestiers par des non-autrichiens, mais elle établissait une obligation d'autorisation générale. Conformément à l'art. 5 VGVG, l'autorisation ne pouvait être donnée que si l'acquéreur exploitait le terrain lui-même dans le cadre d'une exploitation agricole et s'il avait sa résidence permanente dans celle-ci. L'autorisation a été refusée, étant donné qu'il n'exploitait pas le terrain lui-même, les terres étant données à bail, et que la fondation, en tant que société de capitaux, n'avait pas de résidence au sens des normes de Vorarlberg sur ce terrain.

En vertu de l'art. 40 de la Convention relative à l'EEE le principe de la libre circulation des capitaux du droit communautaire s'applique également aux rapports juridiques entre les ressortissants des Etats membres de l'espace économique européen, dont fait partie également le Liechtenstein, et les Etats de l'UE.

Lors de la vérification de la compatibilité des normes de Vorarlberg avec la libre circulation des services, la CJCE a d'abord constaté que l'exigence de la résidence n'avait a priori pas de caractère discriminatoire dans le cas d'espèce<sup>76</sup> étant donné que l'inégalité était due non pas à la nationalité, mais à l'objectif spécial de maintenir une population agricole et des exploitations agricoles viables<sup>77</sup>.

Quant à la proportionnalité de l'obligation d'autorisation, la CJCE a argumenté que, contrairement au cas des logements de vacances, la vérification postérieure par les autorités ne pouvait pas garantir avec la même sécurité qu'une obligation d'autorisation préalable que la cessation de l'exploitation de terrains agricoles soit exclue et que l'utilisation durable à des fins de l'agriculture soit assurée<sup>78</sup>. L'annulation postérieure par les tribunaux provo-

querait des retards dans l'exploitation et ferait obstacle à la sécurité juridique qui est l'un des objectifs essentiels de toute disposition réglant la transmission d'immeubles.

Cependant, aux termes de la CJCE, la condition de l'autorisation de l'exploitation directe et de l'obligation de domicile est inadmissible si, au moment de la vente, le terrain faisant l'objet de l'aliénation est exploité non pas par le propriétaire mais par un bailleur et que le nouveau propriétaire qui n'a pas en vue d'exploiter l'entreprise lui-même et d'habiter sur le terrain s'est obligé de maintenir les conditions de l'exploitation du terrain par le même bailleur<sup>79</sup>. L'objectif du maintien d'une population agricole viable pourrait être atteint par des moyens beaucoup moins radicaux selon la CJCE. L'aliénation d'immeubles à des personnes morales pourrait p.e. être liée à un bail à long terme. En plus, il serait possible d'introduire des droits de préemption en faveur des bailleurs qui, si ces derniers ne veulent pas acquérir la propriété eux-mêmes, permettraient à des propriétaires d'acquérir des terres qu'ils n'exploitent pas eux-mêmes pourvu qu'ils s'obligent à maintenir l'exploitation agricole.

Dans l'affaire de Vorarlberg, la CJCE a sauvé la disposition légale retenant comme possible une interprétation conforme au droit communautaire et obligeant les autorités nationales, dans le cas d'espèce, à donner l'autorisation.

Dans l'affaire **Festersen**<sup>80</sup>, la CJCE a appliqué la jurisprudence susmentionnée à la **loi danoise sur l'agriculture** qui dispose que l'acquisition de biens ruraux dépend de l'établissement d'une résidence permanente de l'acquéreur sur le terrain.

Le gouvernement danois soutient que la réglementation nationale vise, en premier lieu, à préserver l'exploitation des terres agricoles en faire-valoir direct, qui constitue l'une des formes d'exploitation traditionnelle au Danemark et tend à ce que les domaines agricoles soient de manière prédominante habités et exploités par leurs propriétaires, en deuxième lieu, à maintenir dans un but d'aménagement du territoire une population permanente en milieu rural et, en troisième lieu, à favoriser un usage raisonnable des terres disponibles en luttant contre la pression foncière. La CJCE, après avoir constaté que la législation danoise relative à l'agriculture n'établit pas de discrimination entre les ressortissants danois et les ressortissants des autres Etats membres de l'Union européenne, décide que de tels objectifs présentent en eux-mêmes un caractère d'intérêt général. Cependant, ils **ne respecteraient pas le principe de la proportionnalité**.

74 CJCE, arrêt du 1er décembre 2005, affaire C-213/04 (*Burtscher*), op. cit., no 53 s.

75 CJCE, arrêt du 23 septembre 2003, affaire C-452/01 (*Ospelt*), op. cit.

76 CJCE, arrêt du 23 septembre 2003, affaire C-452/01 (*Ospelt*), op. cit., no 37.

77 Cfr. également CJCE, arrêt du 6 novembre 1984, affaire C-182/83 (*Fearon*), Rec. 1984, 3677, dans laquelle la CJCE a considéré comme admissible une règle irlandaise qui permettait l'expropriation de terres agricoles de propriétaires dont la résidence ne se trouvait pas sur ces terres.

78 CJCE, arrêt du 23 septembre 2003, affaire C-452/01 (*Ospelt*), op. cit., no 43 s.

79 CJCE, arrêt du 23 septembre 2003, affaire C-452/01 (*Ospelt*), op. cit., no 51.

80 CJCE, arrêt du 25 janvier 2007, affaire C-370/05 (*Festersen*), Rec. 2007, I-1129.

La mesure de l'obligation de résidence n'apparaîtrait pas, par elle-même, garantir la réalisation de l'objectif allégué visant à préserver la forme traditionnelle d'exploitation en faire valoir direct. En plus, elle l'objectif visant à pourvoir au maintien de la population en milieu rural ne saurait être atteint lorsque l'opération d'acquisition est précisément menée par un exploitant agricole qui réside déjà sur une autre exploitation. Dans une telle situation, l'obligation de résidence ne garantit pas que ledit objectif soit atteint et il n'apparaît pas, dès lors, que ladite obligation soit, en réalité, apte à répondre, en elle-même, à un tel objectif. Finalement, il y a lieu de constater que l'obligation de résidence a vocation à réduire le nombre des acquéreurs potentiels de domaines agricoles et que, en conséquence, elle est susceptible de diminuer la pression foncière sur ceux-ci. Cependant, selon la CJCE, les Etats auraient à leur disposition des mesures moins attentatoires à la libre circulation des services, telles que la fixation des prix des immeubles par l'Etat, des dispositions de taxation plus élevée des opérations de revente de terrains intervenant peu de temps après les acquisitions ou encore l'exigence d'une durée minimale significative pour les contrats de location des terres agricoles<sup>81</sup>.

#### 2.4. Effets de la révocation dans le cas des ventes à domicile sur le contrat de vente notarié

Les conditions et les effets juridiques de la révocation aux termes de la directive concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux ont toujours de nouveau attiré l'intérêt de la CJCE. Du point de vue notarial, les effets de la révocation de contrats de prêts sur le contrat de vente notarié revêtent un intérêt particulier.

##### 2.4.1. *Heininger*: Droit de révocation

La directive **concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux** (directive sur le démarchage à domicile<sup>82</sup>) oblige les Etats membres dans son article 5 de garantir un droit de révocation au consommateur entre autres dans le cas d'actes conclus au domicile du consommateur à l'occasion d'une visite du commerçant ou au domicile d'un autre consommateur. Cependant, aux termes de l'art. 3 al. 2 lit. a), la directive ne s'applique ni aux contrats concernant la construction, la vente ou la location d'immeubles, ni aux contrats concernant d'autres droits sur l'immeuble.

La loi **allemande** sur la révocation des ventes à domicile (*Haustürwiderrufgesetz – HWiG*) ne prévoyait d'abord pas de droit de révocation en faveur du consommateur dans le cas de contrats de crédits réels, elle admettait uniquement la révocation sur la base de la loi sur le crédit à la consommation (VerbrKrG).

Par son arrêt du 13 décembre 2001, affaire **Heininger**<sup>83</sup>, la CJCE a interprété la directive susmentionnée de manière à permettre son application aux contrats de crédits réels, c'est-à-dire aux contrats de crédit conclus pour financer l'aliénation d'un immeuble. Même si un tel contrat est lié à un droit sur un immeuble, le crédit octroyé devant être garanti par un droit de gage immobilier, ce critère n'est pas suffisant, selon la CJCE, pour considérer l'acte juridique comme un contrat concernant le droit sur un immeuble au sens de l'art. 3 al. 2 lit. a de la directive. Ainsi, le consommateur peut révoquer son contrat de crédit conformément à l'art. 5 de la directive s'il n'a pas été informé de son droit de révocation. Cependant, les effets

d'une telle révocation du contrat de crédit sur le contrat de vente de l'immeuble et sur la constitution du droit de gage immobilier sont régis par le droit national selon la CJCE.

Par conséquent, la Cour fédérale de Justice allemande (BGH) a conféré aux consommateurs un droit de révocation, tout en exprimant l'opinion que, conformément à l'art. 3 al. 2 no 2 VerbrKrG (loi relative au crédit à la consommation), l'art. 9 ne serait pas applicable aux contrats de crédits réels<sup>84</sup> et que les contrats de crédits réels et la vente de l'immeuble financée par une garantie ne constitueraient pas une entité économique au sens de l'art. 9 VerbrKrG. Aux termes de la jurisprudence constante du BGH, même le profane qui n'a pas de connaissances juridiques ou d'expériences par rapport à ces actes saurait que le bailleur de fonds et le vendeur d'immeubles sont, en règle générale, deux personnes différentes. Le législateur aurait respecté ce fait en disposant dans l'art. 3 al. 2 no 2 VerbrKrG que les dispositions sur les actes liés entre eux (constituant donc une entité) ne s'appliquent pas aux crédits réels au sens de l'art. 3 al. 2 no 2. Ainsi, la révocation du contrat de crédit réel ne toucherait en général pas l'efficacité du contrat de vente d'immeubles.

Par l'arrêt du 12 novembre 2002, l'XI<sup>e</sup> chambre du BGH a décidé en plus que le consommateur en question, après révocation du contrat de crédit, avait un droit au remboursement des prestations d'intérêts et d'amortissement ainsi qu'un droit à un taux d'intérêt conforme aux usages du marché sur les tranches payées au prêteur<sup>85</sup>. En revanche, aux termes de l'art. 3 HWiG ancienne version, le prêteur aurait un droit au remboursement du montant de crédit net payé, plus le taux d'intérêt de ce crédit net conforme aux usages du marché<sup>86</sup>. Cependant, le prêteur n'aurait pas un droit au remboursement des frais de règlement et/ou du disagio. Le BGH a avoué expressément que, suite à l'obligation du remboursement immédiat, y compris le taux d'intérêts conforme aux usages du marché sur la somme du prêt, il serait économiquement peu ou pas intéressant pour le consommateur de révoquer le contrat de prêt. Le fait que le consommateur pris à l'improviste dans la situation d'une visite à domicile est dans une situation moins favorable que par rapport à celle avant l'entrée en vigueur du HWiG est la conséquence d'une décision consciente de la part du législateur<sup>87</sup>, en faveur de laquelle on pourrait argumenter qu'il n'existe pas de motif raisonnable pour favoriser l'emprunteur qui a été amené à conclure un contrat à l'occasion d'une visite à domicile, par

81 CJCE, arrêt du 25 janvier 2007, affaire C-370/05 (*Festersen*), op. cit., nos. 29 ss.

82 Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, JO L 372 du 31.12.1985, p. 31-33.

83 CJCE, arrêt du 13 décembre 2001, affaire C-481/99 (*Heininger*), Rec. 2001, I 9945, no 2 ss.

84 BGH, décision du 9 avril 2002 – XI ZR 91/99, BGHZ 150, 248 = DNotZ 2002, 859 = NJW 2002, 1881.

85 BGH, décision du 12 novembre 2002 – XI ZR 47/01, BGHZ 152, 331 = DNotZ 2003, 338 = NJW 2003, 422, 423 = WM 2002, 2501 = ZIP 2003, 64.

86 De même, BGH, décision du 26 novembre 2002 – XI ZR 10/00, DNotI-Report 2003, 20 = DNotZ 2003, 203 = NJW 2003, 885, 886.

87 L'art. 3 al. 3 HWiG ancienne version a disposé expressément que, pour la cession du droit de l'emploi ou de l'utilisation de la chose ainsi que pour d'autres prestations, il faut payer la valeur de la chose jusqu'au moment de l'exercice du droit de révocation; il ne faut pas tenir compte de la diminution de la valeur due à l'utilisation de la chose conforme à son objet ou au bénéfice d'une autre prestation.

rapport à celui qui est intervenu dans l'acte suite à un dol dans le cas d'un retrait du contrat aux termes des dispositions du droit de l'enrichissement.

#### 2.4.2. *Schulte et Crailsheimer Volksbank: Effets de la révocation*

Quelques-uns des tribunaux de première instance n'ont pas suivi la jurisprudence du BGH et ont saisi de nouveau la CJCE. Par son arrêt du 25 octobre 2005, la CJCE a répété encore une fois, dans l'affaire *Schulte*<sup>88</sup>, que les **effets de la révocations sont régis par la loi nationale**.

- La CJCE en a déduit que la directive n'oblige pas les Etats membres à considérer le contrat de crédit et le contrat de vente comme actes juridiques liés, même s'ils constituent une entité économique. La **révocation du contrat de crédit ne rend pas automatiquement nul le contrat de vente**.
- En plus, la CJCE argumente dans cet arrêt que, conformément à la jurisprudence allemande, il serait compatible avec la directive d'obliger le consommateur, dans le cas d'une révocation du contrat de crédit, à **rembourser immédiatement la somme du prêt plus les intérêts conformes aux usages du marché** pourvu que le consommateur ait été dûment informé.
- Contrairement à la jurisprudence du XI<sup>e</sup> sénat du BGH jusqu'à présent, la CJCE a précisé qu'une institution de crédit qui n'a pas dûment respecté son **obligation d'informer le consommateur sur son droit de révocation**, doit **assumer les risques** liés au placement de capitaux en question. Dans l'affaire de départ, les risques, outre celui que le logement ait été surévalué au moment de l'aliénation, étaient notamment les suivants conformément à la jurisprudence de la CJCE: Le risque que les revenus locatifs estimés au début – la base des intérêts, de l'amortissement et des avantages fiscaux – ne puissent effectivement pas être réalisés et le risque que les attentes par rapport au prix de l'immeuble se révèlent comme erronées. Cependant, l'institution de crédit ne doit assumer ces risques que si le consommateur, informé dûment de son droit de révocation, avait pu éviter ces risques. La CJCE demande, outre le manque à l'obligation d'informer les parties du droit de révocation également une causalité entre l'inobservation de l'obligation de la part de l'institution de crédit et la réalisation du risque.

Dans une affaire parallèle, l'affaire *Crailsheimer Volksbank*<sup>89</sup>, la CJCE a décidé que la détermination des risques liés au placement doit s'effectuer **objectivement**. Il n'est donc pas important de savoir si l'institution de crédit avait ou aurait pu avoir connaissance des caractéristiques du placement de l'argent. Selon les fondements juridiques de l'art. 123 al. 2 Code Civil allemand (BGB), il n'est pas nécessaire de prendre en considération la connaissance d'un éventuel médiateur qui a amené les consommateurs à déclarer leur volonté à l'occasion d'une visite à domicile.

Le II<sup>e</sup> sénat du BGH a ratifié cette "objectivation" en accord avec le XI<sup>e</sup> sénat par rapport à la question de la considération de la vente à domicile en tant que telle<sup>90</sup>.

Suite à la décision dans l'affaire *Schulte*, la Cour fédérale de Justice allemande (**BGH**), dans son arrêt du 26 février 2008<sup>91</sup>, a déduit de l'art. 2 al. 1 HWiG (ancienne version) une **vraie obligation légale de l'entrepreneur de donner des informations sur la révocation** et décidé que l'investisseur a droit à des **dommages et intérêts** en cas de **manquement à cette obligation au moment de la conclusion du contrat**.

Selon le BGH, un tel droit présuppose que l'emprunteur ne soit pas encore lié au contrat de vente au moment de la conclusion du contrat de prêt, que le manquement à l'obligation d'information soit dû à la banque finançant le projet, notamment en raison d'une erreur de droit de la part de la banque, et que la causalité du dommage résultant du manquement à l'obligation d'information soit constatée. Selon le BGH, le droit à des dommages et intérêts existe même lorsque la situation de démarchage ne se présentait pas au moment de la conclusion du contrat, mais au moment de sa préparation. Le BGH refuse expressément une responsabilité pour faute de la part de la banque finançant le projet<sup>92</sup>.

#### 2.4.3. *Hamilton: Exclusion du droit de révocation après l'exécution est admissible*

Dans l'affaire *Hamilton*<sup>93</sup>, la CJCE a décidé (arrêt du 10 avril 2008) que l'art. 2 al. 1 phr. 4 HWiG (ancienne version), qui dispose que le droit de révocation est exclu dans le cas où les prestations réciproques ont été exécutées complètement il y a plus d'un mois, est compatible avec la directive 85/577/CEE concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux.

Dans l'arrêt *Heininger* encore, la CJCE a refusé une limitation du délai de révocation dans le cas où le consommateur n'a pas été informé dûment<sup>94</sup>. Maintenant, la CJCE a précisé que les affaires *Heininger*, *Schulte* et *Crailsheimer Volksbank* ont toujours concerné des situations dans lesquelles les contrats de prêts n'étaient pas encore complètement exécutés. Selon la CJCE, il ressort du libellé de la directive sur le démarchage à domicile et l'objectif de libérer le consommateur de ses obligations que la protection du consommateur trouve ses limites lorsque, suite à l'exécution, le consommateur n'a plus d'obligation à remplir.

88 CJCE, arrêt du 25 octobre 2005, affaire C-350/03 (*Schulte*), Rec. 2005, I-9215, no 79.

89 CJCE, arrêt du 25 novembre 2005, affaire C-229/04 (*Crailsheimer Volksbank*), Rec. 2005, I-9273, no 42 ss.

90 BGH, décision du 12 décembre 2005, II ZR 327/04, NJW 2006, 497 = ZIP 2006,221. Suite à l'arrêt de la CJCE, le BGH est d'avis que l'art. 1 HWiG devrait être interprété comme conforme à la directive de sorte que l'institution de crédit ne doit pas avoir connaissance du fait objectif de la visite à domicile.

91 BGH, décision du 26 février 2008 – XI ZR 74/06, MDR 2008, 635 = NJW 2008, 1585 = ZIP 2008, 686.

92 Du point de vue notarial, cette solution du BGH, qui consiste à prévoir des dommages et intérêts, n'a pas pour conséquence que le contrat de vente en tant que tel devient nul ou révocable. Au pis aller, la désaisine-saisine aura lieu en faveur de la banque.

93 CJCE, arrêt du 10 avril 2008, affaire C-412/06 (*Hamilton*), pas encore publié dans le recueil officiel.

94 CJCE, arrêt du 13 décembre 2001, affaire C-481/99 (*Heininger*), op. cit. no 16 et 18. Suite à la décision de la CJCE, le législateur allemand a modifié l'art. 355 al. 3 BGB (Code Civil allemand) et supprimé l'exclusion du droit de révocation après exécution.

#### 2.4.4. Question préjudicielle du BGH (Cour fédérale de Justice allemande): Révocation et société fautive

La procédure en instance **Fritz GmbH/von der Heyden** est mentionnée par la présente sans entrer dans les détails<sup>95</sup>. Suite à sa décision du 5 mai 2008<sup>96</sup>, le BGH a présenté à la CJCE les questions préjudicielles de savoir si l'adhésion d'un consommateur à une société de personnes, une société commerciale de personnes, une association ou à une coopérative, notamment à un fonds immobilier fermé, tombe dans le champ d'application de la directive 85/577/CEE et s'il est compatible avec les dispositions de la directive que le consommateur ayant exercé son droit de révocation de l'adhésion obtienne une indemnité calculée au moment où sa révocation est effective, c'est-à-dire un montant correspondant à la valeur de ses parts dans la société, l'association ou la coopérative au moment de son retrait (doctrine de la **société fautive**) ou que le consommateur puisse demander la valeur de son apport. Selon la jurisprudence du BGH du passé, le consommateur pouvait même être tenu de payer des sommes supérieures à la perte du capital dont il avait fait l'apport, en raison du fait que le solde de liquidation était négatif<sup>97</sup>.

### 3. Clauses abusives

Revêt une importance pour la pratique notariale également la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, en bref **directive sur les clauses abusives**<sup>98</sup>, notamment pour la conclusion des contrats de construction. Cependant, la capacité réglementaire de la directive et la compétence d'interprétation de la CJCE sont souvent surestimées.

Il est vrai que, dans l'affaire **Océano Grupo**<sup>99</sup>, la CJCE a pris **directement position sur une clause de contrat déterminée** et décidé qu'une clause formulée au préalable par un commerçant et attribuant la compétence pour tout litige concernant le contrat au tribunal dans le ressort duquel le commerçant a son établissement commercial, remplit tous les critères pour être qualifiée comme abusive au sens de la directive sur les clauses abusives.

Cependant, deux ans plus tard, la CJCE a souligné dans l'affaire **Commission/Suède**<sup>100</sup> que l'art. 3 de la **directive sur les clauses abusives** ne fournit qu'une **définition abstraite** des facteurs qui donnent un caractère abusif à une clause qui n'a pas été négociée en détail. Selon la CJCE, l'énumération de clauses contractuelles dans l'annexe de la directive sur les clauses abusives ne constitue qu'une liste non exhaustive servant à donner une idée des clauses pouvant être déclarées comme abusives. Une clause mentionnée dans la liste ne doit pas obligatoirement être considérée comme abusive, selon la CJCE; en revanche, une clause ne figurant pas sur la liste pourrait éventuellement être déclarée comme abusive.

Dans la décision, du 1<sup>er</sup> avril 2004, **Freiburger Kommunalbauten**<sup>101</sup>, la CJCE a enfin exprimé que le caractère abusif d'une clause contractuelle est régi par l'art. 4 de la directive sur les clauses abusives et apprécié en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion. A cet égard, il faut également tenir compte des effets de la clause dans le cadre de la loi applicable au contrat, ce

qui implique l'examen du système juridique national. Il en résulterait que, dans le cadre de l'exercice de sa compétence en matière d'interprétation du droit communautaire prévue par l'art. 234 CE, la Cour pourrait interpréter les critères généraux utilisés par le législateur de l'UE pour définir la notion de clause abusive. Cependant, elle ne pourrait pas se prononcer sur l'application de ces critères généraux sur une clause déterminée devant être vérifiée sur la base des circonstances dans le cas d'espèce. Cette vérification relèverait de la compétence des **tribunaux nationaux**. La CJCE n'a donc pas répondu à la question préjudicielle de la part du BGH de savoir si l'obligation de l'acheteur d'effectuer le paiement dans le cadre d'un contrat de construction dans les conditions de la MaBV (règlement agent-promoteur) serait inadmissible ou non.

La CJCE ne se sent donc pas appelée à vérifier si les millions de clauses contractuelles dans les Etats membres sont abusives ou non, il renvoie cette tâche trop exigeante du point de vue personnel et technique au niveau des Etats membres.

- Néanmoins, il semble possible que la **CJCE** elle-même prenne position sur le caractère abusif d'une clause concrète dans des **cas particulièrement** graves et dans les domaines juridiques caractérisés par un grand nombre de règles communautaires, comme p.e. en matière de for, de procédure probatoire et de procédure civile.
- Cependant, les **tribunaux nationaux** se voient attribuer la charge principale de l'interprétation de la directive sur les clauses abusives. Dans ce contexte, le risque d'un morcellement du droit me semble faible.
- Tant que l'Union Européenne compte plus que 25 différents ordres juridiques, presque toute clause produit un effet divers dans chaque Etat membre. On ne peut donc **considérer uniquement le cas isolé**.

### 4. Droit des sociétés

#### 4.1. Entreprises communales et respect du droit de la passation des marchés

Comme nous avons déjà dit, les communes commencent, dans toute l'Union Européenne, lentement à exercer des fonctions publiques à travers de sociétés de droit privé. Cela pour des raisons fiscales, mais également pour faire participer des capitaux privés dans l'exercice de ces fonctions.

95 Affaire C-215/08 (*E. Fritz GmbH/von der Heyden*).

96 BGH, décision du 5 mai 2008 – II ZR 292/06, DStR 2008, 1100 = EuZW 2008, 377 = NZG 2008, 460 = ZIP 2008, 1018.

97 Voir à cet égard p.e. OECHSLER, *Die Geschichte der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft und ihre Stellung im europäischen Gesellschaftsrecht*, NJW 2008, 2471 ss.

98 Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO L 95, 29.

99 CJCE, arrêt du 27 juin 2000, affaires jointes C-240 à C-244/98 (*Océano Grupo*), Rec. 2000, 4941.

100 CJCE, arrêt 7 mai 2002, affaire C-478/99 (*Commission/Suède*), Rec. 2002, I-4147.

101 CJCE, arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2004, affaire C-237/02 (*Hofstetter*), Rec. 2004, I-3403.

Pour les notaires, il résulte de la jurisprudence récente de la CJCE relative au droit de passation des marchés des conditions pour le choix de la forme juridique ainsi que pour la rédaction du contrat de sociétés.

#### 4.1.1. Passation à la communauté de communes (*Teckal*)

Dans les affaires **Teckal**<sup>102</sup> et **Coditel Brabant**<sup>103</sup>, la CJCE a décidé que le droit de l'adjudication (ou dans le cas de concessions de services le droit communautaire général) doit également être respecté lorsque la commune octroie des mandats à une exploitation spéciale sous forme d'une **communauté de droit public constitué par plusieurs communes** ou à une **coopérative**<sup>104</sup> dont les **membres sont uniquement des communes**. Il en va autrement seulement si la commune exerce un contrôle sur la communauté ou sur la coopérative intercommunale à l'instar du contrôle exercé sur ses propres services et si cette institution agit en même temps pour le service ou les services qui détiennent ses parts.

#### 4.1.2. Sociétés d'économie mixte (*Ville de Halle et Commission/Autriche*)

Dans l'affaire **Ville de Halle**<sup>105</sup>, cette jurisprudence de la CJCE a évolué par rapport aux **sociétés d'économie mixte** auxquelles participent des associés publics ainsi que des associés privés.

**Faits:** Dans l'affaire au principal, la ville de Halle avait décidé – sans introduire préalablement une procédure de passation des marchés – d'engager des négociations sur la conclusion d'un contrat sur le traitement des déchets de la ville avec la RPL *Lochau GmbH* (société à responsabilité limitée). 75,1 % du capital social de la RPL *Lochau GmbH* étaient détenus par la *Stadtwerke Halle GmbH* (les régies municipales en forme de société de responsabilité limitée). Son associé unique était la *Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH* à laquelle la ville de Halle détenait une participation de 100%. Une société privée à responsabilité limitée était en possession des 24,9 % restants du capital de la RPL *Lochau GmbH*. Un concurrent a introduit une action contre la passation du marché.

Après avoir déclaré que l'art. 1 al. 1 de la directive 89/665 prévoit la possibilité d'une vérification également dans le cas de décisions prises en-dehors d'une procédure formelle de passation de marché et en amont d'une mise en concurrence formelle<sup>106</sup>, la CJCE a porté son attention sur la question de savoir si le droit de la passation des marchés de l'UE est également applicable aux sociétés d'économie mixte. Dans un premier temps, la CJCE explique que le droit de passation des marchés de l'UE a pour objectif d'ouvrir les marchés publics à une concurrence la plus large possible<sup>107</sup>.

- Pour cette raison, le droit de passation des marchés ne s'applique en général pas dans le seul cas où l'autorité publique remplit ses attributions dans l'intérêt général à l'aide de ses propres moyens administratifs, techniques ou autres et à travers ses **propres services** qui ne se distinguent pas de l'autorité publique du point de vue juridique.
- Selon la jurisprudence de la CJCE, il ne serait pourtant pas exclu de rencontrer d'autres circonstances qui

rendent l'appel d'offre inutile, même si le contractant est une institution juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur du point de vue juridique. L'autorité publique devrait alors exercer un **contrôle** sur l'institution en question **comparable à celui exercé sur ses propres services**. De plus, cette institution devrait exercer son activité essentiellement à travers le ou les services publics qui détiennent ses parts.

La CJCE a jugé que la **participation**, fût elle minoritaire, d'une **entreprise privée** dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur concerné exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

Car le rapport entre une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, et ses propres services est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. En revanche, tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente. En second lieu, la passation d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans appel à la concurrence porterait atteinte à l'objectif de concurrence libre et non faussée et au principe d'égalité de traitement des intéressés visé à la directive 92/50<sup>108</sup>, dans la mesure où, notamment, une telle procédure offrirait à une entreprise privée présente dans le capital de cette entreprise un avantage par rapport à ses concurrents.

Pour cette raison, la CJCE est partie de l'idée de l'obligation de faire un appel d'offre.

De même, dans l'affaire **Commission/Autriche**<sup>109</sup>, la CJCE a constaté encore une fois que le droit communautaire de passation des marchés s'applique dans le cas d'une participation privée au capital de la société attributaire. De plus, elle a complété sa jurisprudence en décidant que l'applicabilité du droit de passation des marchés de l'UE ne pouvait pas être éludée en attribuant d'abord le marché public **avant d'octroyer la participation privée à la société**<sup>110</sup>. A cet égard, l'applicabilité du droit de la passation des marchés se détermine en prenant en considération toutes les mesures à adopter et l'objectif de ces mesures.

102 CJCE, arrêt du 18 novembre 1999, affaire C-107/98 (*Teckal*), Rec. 1999, I-8121.

103 CJCE, arrêt du 13 novembre 2008, affaire C-324/07 (*Coditel Brabant*), op. cit.

104 Dans l'affaire au principal, il s'agissait d'une coopérative créée sur la base du droit belge relative aux intercommunales, une forme spéciale de coopération au niveau du droit public.

105 CJCE, arrêt du 11 janvier 2005, affaire C-26/03 (*Stadt Halle*), Rec. 2005, I-1.

106 CJCE, arrêt du 11 janvier 2005, affaire C-26/03 (*Stadt Halle*), op. cit., no 22 ss.

107 CJCE, arrêt du 11 janvier 2005, affaire C-26/03 (*Stadt Halle*), op. cit., no 47.

108 Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés, JO L 209, p. 1.

109 CJCE, arrêt du 10 novembre 2005, affaire C-29/04 (*Commission/Autriche*), Rec. 2005, I-9705, no 45 ss.

110 CJCE, arrêt du 10 novembre 2005, affaire C-29/04 (*Commission/Autriche*), op. cit., no 39 ss.; de même CJCE, arrêt du 6 avril 2006, affaire C-410/04 (ANAV), Rec. 2006, I-3303, no 30.

Si une commune décide donc de constituer une société et de faire participer des associés privés pour réaliser des fonctions publiques, il faut tenir compte des dispositions du droit de la passation des marchés.

La Commission a profité de la jurisprudence susmentionnée, notamment de la décision de la CJCE dans l'affaire de la *ville de Halle*, pour résumer son avis relatif au respect du droit communautaire dans le cas de la constitution de partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) et l'attribution de marchés à ces partenariats<sup>111</sup>.

- Aux termes de cette communication, il faut appliquer sur le **choix du partenaire privé** soit les directives sur la passation des marchés, soit les principes généraux du Traité CE, selon la nature de la mission (marché public ou concession) conférée au PPPI. Pour constituer un PPPI, le droit communautaire ne demande pas un double appel d'offre, c'est-à-dire un appel d'offre pour le choix du partenaire privé du PPPI et un autre appel d'offre pour la passation du marché public ou la concession à l'entreprise d'économie mixte. Selon la Commission, la procédure de sélection au moment de la constitution du PPPI est suffisante.
- En tout cas, dans la procédure de sélection, tous les soumissionnaires potentiels doivent avoir accès à des informations appropriées par la publication d'un avis sur les critères de sélection et d'attribution admis. Selon la Commission, cette obligation de transparence et d'égalité de traitement implique que l'entité adjudicatrice inclut dans l'avis de marché également les statuts de cette entité, le pacte d'actionnaires et tous les autres éléments régissant, d'un côté, la relation contractuelle entre l'entité adjudicatrice et le partenaire privé, et, de l'autre, la relation entre l'entité adjudicatrice et l'entité à capital mixte devant être créée.
- En plus, l'appel à concurrence devrait inclure quelques informations sur la durée prévue du marché public ou de la concession. Le champs d'activités du PPPI doit être exactement défini dans les statuts. Selon la Commission, il convient de formuler les statuts de sorte qu'un changement ultérieur de partenaire privé soit possible.

#### 4.1.3. Filiale à 100% de la commune (*Parking Brixen et Carbotermo*)

La CJCE prévoit l'obligation de faire un appel d'offre en général également dans le cas d'offres aux filiales à 100% des communes. Dans l'affaire **Parking Brixen**<sup>112</sup>, il s'agissait de la gestion d'un parking que la ville de Brixen avait transmis à sa **filiale à 100%**, les *Stadtwerke Brixen AG* (société anonyme), sans appel d'offre et contre le paiement d'une somme de 151.700,- € par an.

La *Stadtwerke Brixen AG* était constituée suite à la transformation de la société spéciale *Stadtwerke Brixen*. Aux termes de l'article 4 de ses statuts, *Stadtwerke Brixen AG* peut exercer, notamment, les activités suivantes à l'échelon local, national et international:

“g) la gestion de parcs de stationnement et de garages, ainsi que les activités connexes.”

L'article 18 des statuts de *Stadtwerke Brixen AG* prévoit que les pouvoirs suivants sont conférés au conseil d'administration de cette dernière:

- “1. Le conseil d'administration dispose des plus amples pouvoirs de la gestion ordinaire de la société, avec la faculté de prendre tout acte qu'il juge utile ou nécessaire à la réalisation de l'objet de la société.
2. Sauf autorisation délivrée par l'assemblée des associés, il est interdit au conseil d'administration de constituer des sûretés dont le montant est supérieur à 5 (cinq) millions d'euros, ainsi que de signer des lettres de change sur soi-même et d'accepter des traites qui dépassent ce montant.
3. L'acquisition et la cession de participations dans d'autres sociétés, l'acquisition et la cession ainsi que la mise en gérance d'entreprises ou de branches d'entreprises et l'achat et la vente de véhicules jusqu'à concurrence d'un montant de 5 (cinq) millions d'euros par transaction sont réputés relever des actes d'administration ordinaire.
4. Les décisions ayant pour objet la détermination et/ou la modification de la rémunération au titre de charges particulières, au sens de l'article 2389, deuxième alinéa, du code civil italien, relèvent de la compétence exclusive du conseil d'administration.”

Aux termes de l'article 5, paragraphe 2, des statuts de *Stadtwerke Brixen AG*, “la participation de la *Gemeinde* (commune de) Brixen au capital initial n'est en aucun cas inférieure à la majorité absolue des actions”. En outre, la commune de Brixen a le droit de désigner la majorité des membres du conseil d'administration de cette société. Le conseil de surveillance de la même société se composant de trois membres effectifs et de deux suppléants, ladite commune désigne au moins deux membres effectifs et un membre suppléant de ce conseil.

Le critère décisif pour décider de ne pas appliquer le droit de la passation des marchés publics est que la commune exerce sur la société attributaire un **contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services**<sup>113</sup>. La CJCE expose que, dans le cas d'espèce, la société spéciale *Stadtwerke Brixen* était encore une corporation de la commune poursuivant la réalisation uniforme et intégrée des services publics au niveau local. Le conseil municipal a déterminé l'orientation générale, décidé l'attribution du capital de dotation, pourvu à la couverture des éventuels frais sociaux, vérifié les bilans et exercé un contrôle stratégique en garantissant à l'entreprise l'autonomie nécessaire. En revanche, la *Stadtwerke Brixen AG* s'était orienté vers le marché ce qui rendrait difficile un contrôle par la commune. Les arguments pour:

- La transformation des *Stadtwerke Brixen* – une société spéciale de la commune de Brixen – en une société de capitaux (*Stadtwerke Brixen AG*) et la nature de cette forme de société;
- L'étendue de l'objet social: La société s'est engagée dans un grand nombre de nouveaux domaines, notam-

111 Bruxelles, le 05.02.2008, C(2007)6661 Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) – JO C 091 du 12 avril 2008, p. 4-9.

112 CJCE, arrêt du 13 octobre 2005, affaire C-458/03 (*Parking Brixen*), Rec. 2005, I-8612, no 62 ss.

113 De même CJCE, arrêt du 6 avril 2006, affaire C-410/04 (*ANAV*), op. cit. no 24 ss.

ment dans le domaine du transport de personnes et d'objets ainsi que dans le domaine de l'informatique et de la télécommunication;

- L'ouverture future du capital social à la participation de tiers;
- L'extension géographique du champs d'activité de l'entreprise sur toute l'Italie et l'étranger;
- Les mandats importants transférés au conseil d'administration exercés par la commune sans contrôle de la part de la direction de l'entreprise.

Il découlerait de ses arguments du tribunal saisi que le contrôle exercé par la commune sur les *Stadtwerke Brixen AG* se limiterait essentiellement aux moyens fournies par le droit des sociétés à la majorité des associés, ce qui diminuerait de manière décisive la dépendance ayant existé entre cette commune et la société spéciale *Stadtwerke Brixen*, notamment en vue des larges pouvoirs délégués au conseil d'administration des *Stadtwerke Brixen AG*.

Par ces motifs, la CJCE dit pour droit que l'adjudication aux *Stadtwerke Brixen AG* n'aurait pas dû avoir lieu sans appel d'offre.

Dans l'arrêt **Carbotermo** du 11 mai 2006<sup>114</sup>, la CJCE a précisé sa jurisprudence en matière Parking de Brixen en décidant qu'il convient de tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes pour apprécier si le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. Il doit résulter de cet examen que la société attributaire est soumise à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur d'influencer les décisions de ladite société. Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette société.

#### 4.1.4. Conséquences pour les contrats notariés

La jurisprudence susmentionnée a pour conséquence pour les contrats notariés que, s'il s'agit du droit des sociétés allemand, la forme juridique de la SARL (GmbH) est préférable à celle de la SA (AG), étant donné que l'influence de la commune en tant qu'associé est plus grande dans les SARL.

De plus, il faudrait prévoir des mécanismes de contrôle efficaces en faveur de la commune vis-à-vis de la société.

- Les statuts peuvent p.e. contenir une liste des actes juridiques importants requérant le **consentement préalable du conseil de la commune**.
- Le **contrôle stratégique** de la société par la commune pourrait être assuré en insérant dans les statuts l'obligation des administrateurs de la société d'élaborer un plan budgétaire ou un plan d'affaires.
- L'objet social devrait se limiter aux **activités concrètes**, si possible.
- L'extension des activités de la société en dehors du **territoire de la commune** devrait être exclue.

- Finalement, ne devraient être nommés comme **administrateurs** que les personnes détenant un poste au sein de la commune, pour augmenter l'influence de la commune sur la direction de la société.

#### 4.2. Limitations de la liberté d'établissement de sociétés ayant leur siège dans d'autres Etats membres

Pour finir ce rapport, nous nous concentrons sur la jurisprudence de la CJCE en matière de limitations de la liberté d'établissement de sociétés ayant leur siège dans un autre Etat membre<sup>115</sup>.

##### 4.2.1. Centros: La constitution d'une société peut s'effectuer dans un Etat membre autre que celui de son activité commerciale

En 1999, la CJCE a décidé dans l'affaire Centros<sup>116</sup> qu'un Etat membre ne peut pas refuser l'immatriculation d'une succursale d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre Etat membre dans lequel elle a son siège sans y exercer d'activités commerciales lorsque la succursale est destinée à permettre à la société en cause d'exercer l'ensemble de son activité dans l'Etat où cette succursale sera constituée, en évitant d'y constituer une société et en éludant ainsi l'application des règles de constitution des sociétés qui y sont plus contraignantes en matière de libération d'un capital social minimal.

##### 4.2.2. Überseering: Admissibilité du transfert du siège effectif dans un autre Etat membre

En 2002, dans l'affaire **Überseering**<sup>117</sup>, la CJCE a décidé que le principe de la liberté d'établissement s'oppose à ce que, lorsqu'une société constituée conformément à la législation d'un Etat membre sur le territoire duquel elle a son siège statutaire est réputée, selon le droit d'un autre Etat membre, avoir transféré son siège effectif dans cet Etat, ce dernier dénie à ladite société la capacité juridique et la capacité d'ester en justice. De plus, la CJCE était d'avis que, lorsqu'une société constituée conformément à la législation d'un Etat membre sur le territoire duquel elle a son siège statutaire exerce sa liberté d'établissement dans un autre Etat membre, les art. 43 CE et 48 CE imposent à ce dernier de respecter la capacité juridique et, partant, la capacité d'ester en justice que cette société possède en vertu du droit de son Etat de constitution.

114 CJCE, arrêt du 11 mai 2006, affaire C-340/04 (*Carbotermo*), Rec. 2006, I-4137, no 36 ss.

115 Il existe un grand nombre de contributions sur les conséquences et l'interprétation des arrêts susmentionnés de la CJCE dans les revues juridiques et les auteurs ne cessent de s'y consacrer. Ce rapport ne peut faire qu'une petite allusion aux problèmes liés aux conséquences. Les sources des notes aux arrêts sont accessibles sur le site web de la Cour de Justice des Communautés Européennes ([www.curia.eu](http://www.curia.eu)), rubrique note de doctrine aux arrêts. La CJCE compte 77 notes à l'arrêt dans l'affaire *Inspire Art* du 30 septembre rédigés avant le 31 décembre 2005; et cette liste n'est pas encore complète.

116 CJCE, arrêt du 9 mars 1999, affaire C-212/97 (*Centros*), Rec. 1999, 1459.

117 CJCE, arrêt du 5 novembre 2002, affaire C-208/00 (*Überseering*), Rec. 2002, I-9919.

#### 4.2.3. *Inspire Art*: L'Etat du siège ne peut pas demander le respect de son droit des sociétés, même si l'activité de la société a lieu uniquement dans l'Etat du siège

Par son arrêt dans l'affaire *Inspire Art*<sup>118</sup>, la CJCE a précisé sa jurisprudence relative à la constitution de succursales de sociétés UE. Les art. 43 CE et 48 CE s'opposent à une législation nationale qui soumet l'exercice de la liberté d'établissement à titre secondaire dans cet État, par une société constituée en conformité avec la législation d'un autre État membre, à certaines conditions prévues en droit interne des sociétés pour la constitution de sociétés, relatives au capital minimal et à la responsabilité des administrateurs. Les raisons pour lesquelles la société a été constituée dans le premier État membre, ainsi que la circonstance qu'elle exerce ses activités exclusivement ou presque exclusivement dans l'État membre d'établissement, ne la privent pas, sauf à établir au cas par cas l'existence d'un abus, du droit d'invoquer la liberté d'établissement garantie par le CE. Selon la CJCE, il est inadmissible, sous réserve des obligations d'informations sociales, fiscales et statistiques, d'obliger les entreprises à donner des informations qui ne sont pas prévues dans la directive sur les succursales<sup>119</sup>. A cet égard, la directive sur les succursales revêt un caractère exclusif<sup>120</sup>.

#### 4.2.4. *Innoventif Limited*: Inscription de la succursale et frais d'inscription

Dans son arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2006 dans l'affaire *Innoventif Limited*, la CJCE a décidé que les art. 43 CE et 48 CE et la directive sur les succursales ne s'opposent pas à une réglementation d'un État membre qui subordonne l'inscription au registre du commerce d'une succursale d'une société à responsabilité limitée établie dans un autre État membre au paiement d'une avance sur les frais prévisibles pour la publication de l'objet social décrit dans l'acte constitutif de cette société<sup>121</sup>. Dans le cas d'espèce, le tribunal d'instance de Charlottenburg avait fixé une avance à concurrence de **3.000.- Euro sur les frais de publication de l'objet social de la limited (au total plusieurs pages des statuts)**, bien que l'activité de la succursale faisant l'objet de l'inscription se limite à une partie de cet objet social<sup>122</sup>.

La CJCE a argumenté que l'art. 2 al 2, sous b) de la directive sur les succursales autorise expressément les États membres à exiger la publication de l'acte constitutif et des statuts, s'ils font l'objet d'un acte séparé, d'une société étrangère lors de l'inscription de sa succursale au registre du commerce<sup>123</sup>. Or, les art. 13 b, paragraphe 3, et 13 g, paragraphe 3, du HGB, lus en combinaison avec l'art. 10, paragraphe 1, du GmbHG, qui s'applique de la même manière aux sociétés établies sur le territoire national et à l'étranger, ne font qu'exiger la publication de l'objet social des sociétés à responsabilité limitée qui demandent l'inscription d'une succursale au registre du commerce et non pas, comme le permet la onzième directive, celle de l'acte constitutif de ces sociétés dans son intégralité<sup>124</sup>. De plus, il ressort de l'art. 3 de la première directive<sup>125</sup>, en relation avec l'art. 1er, al. 1 de la directive sur les succursales que la publication se fait selon le droit de l'État membre dans lequel la succursale est située. Finalement, selon la CJCE, l'obligation de payer une avance à concurrence seulement des frais administratifs effectifs d'une telle publication ne constitue pas une limitation de la liberté d'établissement étant donné qu'elle n'interdit pas l'exercice de cette liberté, ne l'entrave pas et ne la rend pas moins attractive<sup>126</sup>.

#### 4.2.5. *Sevic*: Fusion transfrontalière

La concurrence des systèmes déclenchée par les arrêts *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art* a été renforcée encore plus par l'arrêt de la CJCE du 13 décembre 2005 dans l'affaire *Sevic*<sup>127</sup> concernant la fusion transfrontalière.

Par rapport à l'art. 1 de la loi allemande sur la transformation qui n'admettait auparavant que les fusions des sociétés à l'intérieur du pays, la CJCE a décidé que les art. 43 et 48 CE interdisent à un État membre de refuser généralement l'inscription dans le registre du commerce d'une fusion de deux sociétés ayant lieu suite à la dissolution sans liquidation de l'une des sociétés, si l'une des deux sociétés a son siège dans un autre État membre mais que l'inscription peut avoir lieu si les deux sociétés fusionnant ont leur siège à l'intérieur du pays.

Selon la CJCE, tombent dans le champ d'application de la liberté d'établissement toutes les mesures garantissant ou facilitant l'accès à un autre État membre qui n'est pas l'État du siège et l'exercice d'une activité économique dans cet État en permettant aux intéressés de participer effectivement à la vie économique de cet État membre dans les mêmes conditions que celles s'appliquant aux intéressés de la vie économique à l'intérieur de ce pays. Les fusions transfrontalières correspondent, selon l'avis de la CJCE, comme d'ailleurs toute autre transformation de sociétés, aux besoins de coopération et de transformation de sociétés avec siège dans différents États membres. Ils constituent des modalités de l'exercice de la liberté d'établissement importantes pour le bon fonctionnement du marché intérieur et font donc partie des activités économiques à l'égard desquelles les États membres doivent respecter la liberté d'établissement conformément à l'art. 43 CE<sup>128</sup>. L'harmonisation des règles de la transformation de sociétés transfrontalières, comme celle qui a eu lieu entre-temps en matière de fusions de sociétés de capitaux suite à la directive sur les fusions transfrontalières des sociétés de

118 CJCE, arrêt du 30 septembre 2003, affaire C-167/01 (*Inspire Art*), Rec. 2003, I-10155.

119 Onzième directive 89/666/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, concernant la publicité des succursales créées dans un État membre par certaines formes de société relevant du droit d'un autre État, JO L 395, 36.

120 CJCE, arrêt du 30 septembre 2003, affaire C-167/01 (*Inspire Art*), op. cit., no 69 ss.

121 CJCE, arrêt du 1er juin 2006, affaire C-453/04 (*innoventif Limited*), Rec. 2006, I-4929.

122 La pratique des tribunaux à cet égard n'a pas été uniforme à cet égard. P.e le OLG Frankfurt, décision du 29 décembre 2005, 20 W 315/05 (DB 2006, 269) et le OLG Hamm, décision du 28 juin 2005, 15 W 159/05 (GmbHR 2005, 1130) ont considéré comme suffisante la publication du seul objet de la succursale en se prévalant de la nécessité d'une interprétation conforme aux directives.

123 CJCE, arrêt du 1er juin 2006, affaire C-453/04 (*innoventif Limited*), op. cit., no 34.

124 CJCE, arrêt du 1er juin 2006, affaire C-453/04 (*innoventif Limited*), op. cit., no 35.

125 Première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, JO L 65, 8.

126 CJCE, arrêt du 10 juin 2006, affaire C-453/04 (*innoventif Limited*), op. cit., no 38.

127 CJCE, arrêt du 13 décembre 2005, affaire C-411/03 (*Sevic*), Rec. 2005, I-10805.

128 CJCE, arrêt du 13 décembre 2005, affaire C-411/03 (*Sevic*), op. cit., no 18 s.

capitaux<sup>129</sup>, ne constitue pas une condition préalable pour l'exercice de la liberté d'établissement<sup>130</sup>. Finalement, peuvent justifier les limitations à l'exercice de la liberté d'établissement en général des motifs liés à l'intérêt général, comme la protection des intérêts des créanciers, des associés minoritaires et des employés; néanmoins, une exclusion générale de la fusion serait, dans tous les cas, disproportionnée<sup>131</sup>.

Entre-temps, la loi allemande sur les transformations a été adaptée à cet égard par l'introduction des art. 122a ss. UmwG<sup>132</sup>.

#### 4.2.6. *Cartesio*: Inscription du transfert du siège dans le registre de l'Etat de la constitution

Dans l'affaire *Cartesio*<sup>133</sup>, la CJCE a confirmé, en se référant expressément sur la décision dans l'**affaire Daily Mail**<sup>134</sup>, que, en l'état actuel du droit communautaire, les articles 43 CE et 48 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation d'un Etat membre qui empêche une société constituée en vertu du droit national de cet Etat membre de transférer son siège dans un autre Etat membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'Etat membre selon la législation duquel elle a été constituée. **Le droit des sociétés national n'est donc pas obligé d'admettre qu'une société qui transfère son siège garde sa forme juridique.**

Partant, conformément à l'article 48 CE, en l'absence d'une définition uniforme donnée par le droit communautaire des sociétés qui peuvent bénéficier du droit d'établissement en fonction d'un critère de rattachement unique déterminant le droit national applicable à une société, la question de savoir si l'article 43 CE s'applique à une société invoquant la liberté fondamentale consacrée par cet article, à l'instar, d'ailleurs, de celle de savoir si une personne physique est un ressortissant d'un Etat membre pouvant, à ce titre, bénéficier de cette liberté, constitue une **question préalable** qui, dans l'état actuel du droit communautaire, ne peut trouver une réponse que **dans le droit national applicable**. Ce n'est donc que s'il est vérifié que cette société bénéficie effectivement de la liberté d'établissement eu égard aux conditions énoncées à l'article 48 CE que se pose la question de savoir si la dite société se trouve confrontée à une restriction à cette liberté au sens de l'article 43 CE. Un Etat membre dispose ainsi de la faculté de définir tant le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon son droit national et susceptible, à ce titre, de bénéficier du droit d'établissement que celui requis pour maintenir cette qualité ultérieurement.

Toutefois, un tel cas de transfert du siège d'une société constituée selon le droit d'un Etat membre dans un autre Etat membre sans changement du droit dont elle relève doit être distingué de celui relatif au déplacement d'une société relevant d'un Etat membre vers un autre Etat membre **avec changement du droit national** applicable, la **société se transformant en une forme de société relevant du droit national** de l'Etat membre dans lequel elle se déplace. En effet, dans ce dernier cas, la faculté, évoquée au point 110 du présent arrêt, loin d'impliquer une quelconque immunité de la législation nationale en matière de constitution et de dissolution de sociétés au regard des règles du traité CE relatives à la liberté d'établissement, ne saurait, en particulier, justifier que l'Etat

membre de constitution, en imposant la dissolution et la liquidation de cette société, empêche celle-ci de se transformer en une société de droit national de l'autre Etat membre pour autant que ce droit le permette.

**Contrairement à l'affaire Cartesio, l'affaire SEVIC** concernait, selon la CJCE, la reconnaissance – dans l'Etat membre où la société a été constituée – de l'établissement de cette société dans un autre Etat membre suite à une fusion transfrontalière. Ce cas se distingue nettement de celui de l'affaire **Daily Mail**. Le cas de **l'affaire Sevic** ressemble donc plutôt à des cas d'autres arrêts<sup>135</sup>. Cependant, dans de tels cas, la question préjudicielle de savoir si la société en question doit être considérée comme société ayant la nationalité de l'Etat membre de sa constitution ne se pose pas, plutôt celle de savoir si cette société qui est incontestablement une société reposant sur le droit national d'un Etat membre se voit confrontée, dans un autre Etat membre, à une limitation dans l'exercice de son droit d'établissement.

#### 4.2.7. Impôts sur la fusion transfrontalière

Aux termes de la directive concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents<sup>136</sup> qui devrait normalement être transformée en droit interne jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 1992, les Etats membres doivent permettre une **fusion transfrontalière fiscalement neutre**, dans la mesure où les réserves occultes d'un sujet de droit à l'intérieur du pays continuent à être assujetties à l'impôt à l'intérieur du pays à un moment ultérieur, p.e. lorsque ces réserves peuvent être imputées à une entreprise à l'intérieur du pays même après la fusion.

La **CJCE** ne s'est pas encore exprimée clairement sur les questions fiscales liées au transfert du siège et à la transformation transfrontalière.

- Dans l'arrêt concernant **Daily Mail** de l'année 1988, la CJCE a considéré comme admissible que l'Etat membre demande une autorisation préalable pour le transfert de siège de ses sociétés à l'étranger, pour assurer de cette manière l'imposition des réserves occultes<sup>137</sup>.

129 Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 2005, sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, JO CE L 320, 1.

130 CJCE, arrêt du 13 décembre 2005, affaire C-411/03 (*Sevic*), op. cit, no 26.

131 CJCE, arrêt du 13 décembre 2005, affaire C-411/03 (*Sevic*), op. cit, no 30.

132 Art. 1 no 17 "Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes" (deuxième loi modificative de la loi sur les transformations), BGBl. (JO) 2007 I, 542.

133 CJCE, arrêt du 16 décembre 2008, affaire 210/06 (*Cartesio*), pas encore publié dans le recueil officiel.

134 CJCE, arrêt du 27 septembre 1988, affaire 81/87 (*Daily Mail*), Rec. 1988 I, 5483.

135 Voir arrêt du 9 mars 1999, affaire C-212/97 (*Centros*), Rec. 1999, I-1459 ; arrêt du 30 septembre 2003, affaire C-167/01 (*Inspire Art*), Rec. 2003, I-10155.

136 Directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, JO CE L 225,1.

137 CJCE, arrêt du 27 septembre 1988, affaire 81/87 (*Daily Mail*), Rec. 1988 I, 5483.

- Dans l'affaire **Hughes de Lasteyrie du Saillant**<sup>138</sup>, la CJCE a considéré comme inadmissible une règle française prévoyant l'imposition de la plus-value de titres pas encore réalisée. Dans cet'arrêt de l'année 2004, la CJCE a constaté que la règle en question limiterait la liberté d'établissement vu son effet de dissuasion sur les contribuables voulant s'installer dans un autre Etat membre<sup>139</sup>. Selon la CJCE, ni la prévention de l'évasion fiscale, ni la perte de recettes fiscales, ni la cohérence du système fiscal constituent des motifs impératifs fondés sur l'intérêt général et pouvant justifier la limitation. Le parallélisme de l'"imposition finale" de sociétés avant le transfert du siège d'une société à l'étranger saute aux yeux.
- Dans l'affaire **Marks & Spencer**<sup>140</sup>, la CJCE a considéré comme inadmissible une différenciation entre les transferts de siège à l'intérieur du pays et les transferts transfrontaliers.

**L'Allemagne** a transposé en droit interne la directive sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux seulement par la " loi sur les mesures fiscales accompagnantes pour l'introduction de la Société Européenne et la modification de dispositions fiscales ultérieures " (*Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften – SEStG*) du 7 décembre 2006<sup>141</sup>. **Toute la systématique légale** a été renversée pour éviter le traitement inégal inadmissible des différentes transformations transfrontalières:

Alors que, conformément aux anciennes règles de droit, la transformation, la fusion etc. n'avait pas d'effet sur les réserves occultes – c'est-à-dire que, suite à une transformation, il ne fallait pas mettre à jour, d'un point de vue fiscal, la différence entre la valeur vénale et l'estimation fiscale – conformément aux nouvelles règles légales, l'existence de réserves occultes est généralement dévoilée à l'occasion de toute

transformation. Sur demande, il est cependant possible de maintenir la valeur comptable, si les réserves occultes sont impliquées dans le bilan de l'entreprise et restent imposables en Allemagne. (art. 3, 11, 12 de la loi sur les effets fiscaux des transformations (UmwStG). De même, les réserves occultes doivent être respectées dans le cas d'un transfert de siège sans changement de l'identité au sein de l'UE. (art. 4 de la loi sur l'impôt sur le revenu (EStG), art. 12 du régime fiscal des sociétés de capitaux (KStG). En somme, rien ne change au niveau national, tandis qu'au niveau international, dans le cas d'un transfert du siège ou d'une fusion transfrontalières, les réserves occultes sont assujetties à l'impôt en Allemagne. Ainsi, le législateur n'a pas introduit d'exception pour les transformations dans le cas de participations de sociétés étrangères. Tout au contraire, le dédoublement des réserves occultes est maintenant la règle générale, alors que l'exception existe pour les transformations au niveau national.

En plus, a été supprimé le transfert des pertes fiscales applicable jusqu'à présent dans les cas nationaux. Car on craignait de devoir respecter les pertes étrangères dans le cas de fusions conformément à l'arrêt de la CJCE dans l'affaire **Marks & Spencer**.

Pour la pratique notariale, il faut donc constater qu'il y aura un plus grand nombre de fusions transfrontalières seulement à partir du moment où les questions fiscales seront résolues.

138 CJCE, arrêt du 11 mars 2004, affaire C-9/02 (*Hughes de Lasteyrie du Saillant*), Rec. 2004, I-2409.

139 CJCE, arrêt du 11 mars 2004, affaire C-9/02 (*Hughes de Lasteyrie du Saillant*), op. cit., no 45.

140 CJCE, arrêt du 13 décembre 2005, affaire C-446/03 (*Marks & Spencer*), Rec. 2005, I-10837.

141 "Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften" (loi sur les mesures fiscales accompagnantes pour l'introduction de la Société Européenne et la modification de dispositions fiscales ultérieures) (SEStEG) du 7 décembre 2006, JO 2006 I, 2782, en vigueur depuis le 13 décembre 2006.