

SOMMAIRE

- Chronique de droit communautaire (1^{er} janvier 2008 - 15 juillet 2008), par L. Defalque et P. Nihoul 749
- Droit pénal - Faux et usage de faux - Contrat de prêt - Faux documents à l'appui d'une demande de prêt - Non-remboursement de la dette - Ne constitue pas un usage de faux. (Cass., 2^e ch., 26 novembre 2008, note) . 755
- I. Procédure pénale - Articles 10 et 11 de la Constitution - Lacune législative constatée par la Cour constitutionnelle - Comblement par le juge *a quo* - Conditions - II. Pourvoi en cassation - Article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle - Contrôle des méthodes particulières de recherche - Lacune inconstitutionnelle - Pas de pourvoi immédiat - Comblement par l'autorisation d'un pourvoi immédiat - III. Méthodes particulières de recherche - Article 235ter du Code d'instruction criminelle - Contrôle à l'issue de l'information ou de l'instruction - Obligation - Sanction - IV. Cassation - Article 408, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle - Etendue - Décisions illégales qui ont précédé l'arrêt cassé. (Cass., 2^e ch., aud. plén., 14 octobre 2008, observations de B. Dejemeppe) 755
- I. Droit pénal - Faux en écritures - Intention frauduleuse - Avantage illicite - Prolongation de la privation de liberté - II. Magistrat - Faute pénale - Fausse ordonnance de maintien de la détention préventive - Appréciation de la peine - Gravité des faits - Fonction d'exemple. (Bruxelles, 1^{re} ch., 25 novembre 2008) . 757
- I. Obligations contractuelles - Vente - Conclusion (art. 1583, C. civ.) - Accord sur tous les points jugés essentiels par les parties - II. Obligations contractuelles - Vente - Formation du contrat - Négociations simultanées avec plusieurs candidats acquéreurs. (Mons, 2^e ch., 14 octobre 2008) 758
- I. Domicile - Election de domicile (art. 39, C. jud.) - Portée - Election de domicile signalée dans l'exploit de signification d'une décision par défaut - Obligation de signifier l'opposition au domicile élu (non) - Recherche des intentions sous-jacentes à l'élection de domicile - II. Voies de recours - Matière civile - Opposition - Délai - Point de départ - Signification du jugement par défaut - Election de domicile signalée dans l'exploit - Obligation de signifier l'opposition au domicile élu (non). (J.P. Forest, 7 novembre 2008, note) . . . 762
- Chronique judiciaire :
Billet de la semaine - Conférences - La robe prétexte.

DOCTRINE

Chronique de droit communautaire (1^{er} janvier 2008 - 15 juillet 2008)¹

1

Responsabilité écologique²

L'importance croissante du droit européen est encore apparue avec évidence au cours de la période de référence. Dans plusieurs arrêts, les juridictions européennes ont apporté des réponses à des questions laissées en suspens dans l'ordre national et même, parfois, dans l'ordre juridique international. Nous commençons par une affaire liée à l'accident subi, au large des côtes du Finistère, par le navire pétrolier *Erika*, qui battait pavillon maltais, et avait été affrété par l'entreprise française Total International³.

On s'en souvient : cet accident a causé une pollution catastrophique dont on voit les traces, aujourd'hui encore, sur certaines plages françaises.

La question se posait de savoir qui financerait les opérations de nettoyage.

Cette question était réglée, en l'espèce, par une convention internationale imputant la responsabilité au propriétaire du navire, propriétaire par ailleurs peu solvable⁴. La convention limitait aussi l'obligation d'indemni-

ser à un plafond fixé forfaitairement. Avec l'application de ces règles, une partie substantielle du dommage devait être mise à la charge de la collectivité locale, en l'occurrence la commune de Mesquer⁵.

Comment obtenir gain de cause? La commune de Mesquer chercha son salut dans l'application du droit communautaire : en particulier dans la directive 75/442/CEE du Conseil, du 15 juillet 1975, relative aux déchets⁶. Selon cette directive, le coût lié à l'élimination des déchets doit être supporté par le détenteur, les détenteurs antérieurs ou le producteur du produit générateur de déchets. Ces règles mettent en œuvre le principe du « pollueur - payeur », en vertu duquel toute personne se trouvant à la source d'une pollution doit financer les dépenses liées à l'élimination de cette pollution.

La directive pouvait-elle être utilisée pour trancher le différend lié au dommage causé par l'*Erika*? Dans l'arrêt préjudiciel rendu par la Cour, on sent une volonté de donner tout son effet à ce principe du « pollueur - payeur ». Comme souvent en droit, la promotion de ce principe, doté d'une vertu politique, requerrait la discussion de questions techniques. Ainsi, il fallait déterminer si le fioul constitue un déchet au sens de la directive. *A priori* non, car le fioul peut être exploité commercialement dans des conditions économiques avantageuses. Il en va différemment si l'on considère que le fioul a été accidentellement déversé en mer à la suite d'un naufrage. Le produit tel qu'il résulte de sa présence dans la mer n'a pas été recherché comme tel en vue d'une utilisation ultérieure. Il ne peut être réutilisé sans transformation préalable. Dès lors, il peut être considéré comme une

(1) La présente chronique repose sur une sélection d'arrêts. Pour une analyse plus systématique, voy., notamment le *Journal de droit européen* (J.D.E.), anciennement *Journal des tribunaux - droit européen* (J.T.D.E.).

(2) C.J.C.E., arrêt du 24 juin 2008, *Commune de Mesquer*, C-188/07. Dans la doctrine, voy. N. DE SADELEER, « Arrêt *Erika* : le principe du « pollueur - payeur » et la responsabilité pour l'élimination des déchets engendrés par le naufrage d'un navire pétrolier », J.D.E., 2008, pp. 239. Sur le sujet en général, voy. notamment M. HINTEREGGER (éd.), *Environmental liability and ecological damage in European law*, Cambridge University Press, 2008; N. DE SADELEER, *Environmental Principles : From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press, 2005.

(3) Le navire avait été affrété par Total international Ltd. Cette entreprise avait acheté le fioul lourd à Total France. Le fioul devait être livré à la société italienne Enel, qui comptait l'utiliser comme combustible pour la production d'électricité.

(4) Dans la pratique, les armateurs constituent, souvent, une société par navire. Cela leur permet, dans les faits, de limiter leur responsabilité éventuelle à la valeur du bateau lui-même.

(5) Pourquoi les Etats concluent-ils de telles conventions? La canalisation de la responsabilité vers le propriétaire du navire a pour résultat d'empêcher la mise en cause de tiers. La plupart des navires sont enregistrés sous pavillon « de complaisance ». En canalisant la responsabilité sur le propriétaire du navire, les Etats évitent ainsi que soient tenues pour responsables leurs propres sociétés énergétiques.

(6) J.O. L 194, p. 39. Cette directive a été codifiée par la directive 2006/12/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 avril 2006, relative aux déchets, J.O. L 114, p. 1.

substance que le détenteur n'avait pas l'intention de produire et dont il se défait, un déchet, en d'autres termes, en vertu de la directive.

Dans un tel cas, le coût de l'élimination doit être supporté, aux termes de la directive, par le détenteur, les détenteurs antérieurs ou le producteur du produit générateur de déchets. Selon la Cour, l'entreprise ayant affrété le navire pouvait être considérée comme détenteur antérieur, et également comme producteur, dans la mesure où elle avait contribué au risque de survenance de la pollution en s'abstenant de prendre les mesures nécessaires pour prévenir le dommage, notamment en choisissant un navire inadéquat. En application de la directive, Total international Ltd pouvait donc être déclaré responsable au-delà des conventions internationales imputant la responsabilité au propriétaire du navire et limitant cette responsabilité de manière forfaitaire.

Il restait à voir si la directive pouvait sortir ses effets en dépit de l'existence de ces règles internationales. Pour la Cour, le doute n'est pas permis. N'étant pas partie à la convention pertinente, la Communauté ne pouvait être liée. Le droit communautaire ne pouvait donc être limité dans ses effets par l'existence de tels arrangements internationaux. L'objectif poursuivi par la requérante était donc atteint : obtenir l'application de la directive!

2

Effet direct et interprétation conforme

Nous poursuivons par une discussion importante pour les praticiens : dans quelle mesure peut-on reconnaître un effet direct, ou un « quasi »- effet direct, à des directives communautaires non ou mal transposées par les Etats membres? La réponse à la question détermine la possibilité, pour des avocats ou des juristes, de revendiquer, pour leurs clients, l'application de droits découlant de directives communautaires, sans se fonder sur une disposition nationale. Le mécanisme permet de « contourner » la négligence de certains Etats dans la mise en œuvre d'obligations communautaire⁷.

Pour qu'une disposition de droit communautaire ait un effet direct, il faut qu'elle soit claire, précise et inconditionnelle. Depuis un arrêt de principe rendu en 1963⁸, la Cour de justice a posé le principe de l'effet direct des dispositions du Traité, des règlements et des décisions lorsqu'elles sont claires, précises et inconditionnelles. Par contre, les dispositions d'une directive, instrument de législation indirecte, adressée aux Etats membres et devant être transposée en droit national, ont un effet direct limité. Lorsqu'elles sont claires, préci-

ses et inconditionnelles, les dispositions d'une directive peuvent être invoquées par un particulier à l'égard d'un Etat membre, mais non pas à l'égard d'autres particuliers⁹.

Un remède introduit par la Cour a consisté à imposer, aux juridictions nationales, une obligation d'interpréter le droit national d'une manière conforme à la disposition communautaire non ou mal mise en œuvre, et ne pouvant recevoir qu'un effet direct limité, soit un effet direct vertical du particulier à l'encontre de l'Etat membre¹⁰. A propos de ce mécanisme, on a parlé d'effet « quasi » direct. L'impression suscitée par la jurisprudence était que, par ce mécanisme, les juridictions nationales se voyaient contraintes d'appliquer les dispositions communautaires concernées, comme si ces dernières avaient un effet direct, sans qu'on utilise toutefois cette expression.

Au cours de la période recensée, la Cour confirme les limites de cette analyse. L'affaire concernait l'application donnée, en droit irlandais, à l'accord-cadre concernant les contrats à durée déterminée et annexé à une directive¹¹. Selon le demandeur, cet accord n'avait pas été transposé de manière satisfaisante. Certaines dispositions pouvaient recevoir un effet direct, d'autres non, car elles étaient dépourvues d'un caractère clair, précis et inconditionnel. Pour ces dernières dispositions, l'obligation d'« interprétation conforme » ne peut servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national. Elle requiert seulement que les juridictions nationales fassent tout ce qui relève de leur compétence en prenant en considération l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, aux fins de garantir la pleine effectivité de la directive et d'aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par celle-ci¹².

Dans la suite de l'arrêt, la Cour de justice confirme que les dispositions de procédure du droit national doivent garantir l'effectivité du droit communautaire; elles ne peuvent rendre excessivement difficile l'exercice des droits tirés d'une disposition de droit communautaire¹³.

(9) Cet effet direct limité des directives est appelé « effet direct vertical ». Il a été consacré par l'arrêt de principe : C.J.C.E., 26 février 1986, aff. 152/84, *Marshall*.

(10) La thèse dite de l'interprétation conforme a été inaugurée par la Cour de justice dans l'arrêt de principe du 13 novembre 1990, C-106/89, *Marleasing*.

(11) C.J.C.E., arrêt du 15 avril 2008, *Impact*, C-268/06. Accord-cadre sur le travail à durée déterminée, conclu le 18 mars 1999, figurant à l'annexe de la directive 1999/70/CE du Conseil, du 28 juin 1999, concernant l'accord-cadre C.E.S., U.N.I.C.E. et C.E.E.P. sur le travail à durée déterminée, J.O. L 175, p. 43.

(12) Cette limite avait été posée dans l'arrêt de la Cour de justice, du 4 juillet 2006, *Adeneler e.a.*, C-212/04, § 110 à propos du même accord-cadre. Elle est confirmée dans l'arrêt ici analysé.

(13) Il s'agissait en l'espèce de savoir si la demande pouvait être introduite pour le tout devant les nouvelles juridictions devenues compétentes, ou s'il fallait introduire deux actions, l'une devant certaines juridictions compétentes pour la période se situant avant la transposition de la directive et l'autre devant des juridictions spécialisées pour la période suivant la transposition, selon le demandeur, erronée, de l'accord-cadre inclus dans la directive.

3

Droit de la concurrence et réglementation sectorielle¹⁴

Dans les secteurs libéralisés¹⁵, les institutions communautaires ont édicté une réglementation sectorielle. Dans une mesure substantielle, cette réglementation repose sur des concepts qui relèvent du droit de la concurrence¹⁶. En sus de ces réglementations, les entreprises actives dans ces secteurs doivent-elles respecter le droit « général » de la concurrence? La question a une portée matérielle. Elle implique que l'on détermine les obligations s'appliquant aux entreprises. Elle a aussi une portée institutionnelle. La réglementation sectorielle est mise en œuvre, en principe, par des autorités réglementaires nationales¹⁷. Décider que le droit « général » de la concurrence continue à s'appliquer implique qu'une compétence supplémentaire est accordée, pour réguler le secteur, aux autorités nationales chargées d'appliquer ce droit « général », et à la Commission européenne.

La question a été tranchée par le T.P.I. durant la période analysée. Dans l'affaire en cause, la Commission avait sanctionné, pour « ciseau tarifaire », l'opérateur historique allemand Deutsche Telekom (DT). Cette entreprise facturait aux fournisseurs de services, pour l'accès à son réseau, un tarif inférieur à celui facturé à ses propres clients finals, rendant ainsi impossible la prestation de services à des prix concurrentiels par ces fournisseurs¹⁸. L'entreprise fut donc condamnée par la Commission pour abus de position de dominante (article 82 CE). Sur recours introduit par l'entreprise, la décision adoptée par cette institution fut confirmée par le T.P.I.

Point important : le tarif facturé par DT aux fournisseurs avait été approuvé par l'autorité réglementaire allemande. Cette approbation avait été donnée sur la base des dispositions alle-

(14) T.P.I., arrêt du 10 avril 2008, *Deutsche Telekom AG c. Commission*, affaire T-271/03. Sur cet arrêt, voy. D. GÉRARD, « Arrêt *Deutsche Telekom* : le T.P.I. repousse les limites de la responsabilité des entreprises actives dans un secteur réglementé au titre de l'article 82 CE », *J.D.E.*, 2008, pp. 243.

(15) Communications électroniques, énergie, services postaux etc.

(16) Ainsi : dans le secteur des communications électroniques, les autorités réglementaires nationales doivent définir les marchés pertinents; elles doivent déterminer si la concurrence est effective sur ces marchés; lorsque la concurrence n'est pas effective, elles doivent identifier les entreprises ayant une position dominante; à ces entreprises, elles doivent imposer des obligations de nature à assurer l'accès des fournisseurs de services aux réseaux. Sur ce sujet, voy. notamment A. DE STREEL et R. QUECK, « Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en Europe », *J.D.E.*, 2003, pp. 193-202; P. NIHOUL et P. RODFORD, *EU Electronic Communications Law - Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford University Press, 2004, chapitre 3.

(17) En Belgique, par exemple, l'I.B.P.T. : Institut belge des postes et des télécommunications, pour les secteurs visés dans le nom donné à cet organisme.

(18) L'opérateur historique contrôle le principal réseau de communication disponible dans ce pays. En application de la réglementation communautaire, il doit, en cette qualité, ouvrir son réseau aux fournisseurs concurrents de services. Le prix facturé pour l'accès au réseau détermine la fourniture de services par les fournisseurs concurrents à des tarifs acceptables par les consommateurs.

(7) Sur ces questions, voy. les contributions publiées dans J. PRINSEN et A. SCHRAUWEN (éd.), *Direct effect : rethinking a classic of EC legal doctrine*, Europa Law Publishing, Groningen, 2004.

(8) C.J.C.E., arrêt du 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, aff. 26/62.



mandes, lesquelles transposaient la réglementation communautaire applicable aux communications électroniques. DT faisait valoir qu'elle ne pouvait être rendue responsable pour un tarif qui avait été fixé de commun accord avec le régulateur.

L'argument est balayé par le T.P.I., comme il l'avait été par la Commission. Pour ces deux instances, l'existence d'une approbation, donnée par une autorité réglementaire nationale, ne fait pas obstacle, dans tous les cas, à l'imputation d'une infraction à une entreprise, en application du droit de la concurrence. Selon la jurisprudence, l'imputabilité fait seulement défaut lorsque l'entreprise doit s'en remettre à une décision prise par une autorité nationale. Cela n'était pas le cas en l'espèce. L'entreprise pouvait fixer ses prix de détail à un niveau supérieur au tarif facturé aux fournisseurs de service, rendant par là possible une fourniture de service par des entreprises concurrentes à des prix réalistes.

4

Service universel¹⁹

On sait que, dans les secteurs ayant fait l'objet d'une libéralisation, des services peuvent être fournis avec un financement public²⁰. Dans une telle situation, il faut désigner la ou les entreprises qui sera chargée de la fonction. Aux termes de la réglementation, cette sélection doit être fondée sur des critères « objectifs ». Elle ne peut avoir pour effet ou pour objet d'exclure d'autres firmes sur la base de critères inacceptables. Si cela est utile, le service universel peut être divisé : les prestations peuvent être partagées entre les entreprises ou des parties de territoire peuvent être allouées à des firmes distinctes.

En l'occurrence, la France avait choisi de réserver l'ensemble du service universel, dans le secteur des communications électroniques, à un seul opérateur. Cet Etat avait donc refusé de diviser ce service entre plusieurs firmes. Seul pouvaient proposer leur candidature des entreprises capables d'assumer l'ensemble des prestations sur la totalité du territoire. C'était réserver le marché, implicitement, mais avec certitude, à une entreprise : l'ancien opérateur national (France Télécom). Seule cette firme disposait en effet de la capacité financière et technique requise. A la demande de la Commission, la Cour conclut que la directive concernée²¹ n'a pas été mise en œuvre correctement par l'Etat français. Avant de décider que le service universel ne pouvait être fourni que par une entreprise capable de couvrir l'ensemble des besoins, la France aurait dû établir

qu'aucune autre modalité n'était possible ou opportune.

5

Egalité de traitement -
Couples homosexuels

Durant la période de référence, la Cour se prononce sur la possibilité, pour un conjoint survivant homosexuel, de bénéficier de la pension de survie prévue, en principe, dans de nombreux Etats européens, au décès de l'autre conjoint. La question était posée en Allemagne, où une personne demandait la pension de survie applicable dans le secteur du théâtre²². La demande était fondée sur le partenariat de vie ayant existé entre les deux personnes concernées. Cette demande avait été écartée par l'entité chargée de gérer les pensions de survie dans le secteur concerné.

Interrogée par la voie préjudicielle, la Cour applique la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail²³. Cette directive interdit les discriminations en matière d'emploi et de travail. Elle prohibe, notamment, les différences de traitement apparaissant dans les rémunérations, lorsque ces différences sont fondées sur une base illégitime. Constitue une base illégitime, aux termes de cet instrument, une différence de traitement fondée sur le sexe de la ou des personnes concernées²⁴.

Pour donner droit à la demande formulée devant la juridiction nationale, la Cour doit déterminer si une pension de survie peut être assimilée à une rémunération au sens de la directive. Pour la Cour, cette assimilation est conforme à l'esprit animant la directive²⁵. Les

pensions de survie trouvent leur origine dans l'affiliation du conjoint décédé à un régime de pension. Cette affiliation est, elle-même, rendue possible par l'emploi qui a été exercé par ce conjoint. Ainsi, lesdites pensions ont une « cause » identique aux rémunérations (existence d'un emploi)²⁶.

6

Egalité de traitement -
Discrimination directe
à l'égard de salariés
d'une certaine origine ethnique

Le Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, organisme compétent pour agir en justice lorsqu'il existe une discrimination actuelle ou potentielle, avait demandé au tribunal belge du travail de constater que la société Feryn appliquait une politique discriminatoire à l'embauche. Le directeur de cette entreprise avait déclaré publiquement que Feryn recrutait des installateurs de portes de garage mais à l'exclusion de travailleurs d'une certaine origine ethnique, la clientèle ne souhaitant pas leur donner accès à son domicile privé, pendant la durée des travaux. Le tribunal du travail avait interrogé la Cour de justice sur l'interprétation de la directive 2000/43/CE ayant pour objectif d'établir un cadre pour lutter contre la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique, de manière à mettre en œuvre, dans les Etats membres, le principe de l'égalité de traitement²⁷. La Cour considère que les déclarations du directeur de la société Feryn constituent une discrimination directe à l'embauche au sens de la directive puisqu'elles sont de nature à dissuader certains candidats de déposer leur candidature. La Cour ajoute que les déclarations publiques par lesquelles un employeur fait savoir que, dans le cadre de sa politique de recrutement, il n'embauchera pas de salarié ayant une certaine origine ethnique ou raciale, constitue une présomption suffisante, au sens de la directive, de l'existence d'une politique d'embauche discriminatoire. Dès lors, pour renverser cette présomption, l'employeur devra apporter la preuve qu'il n'a pas violé le principe de l'égalité de traitement²⁸.

nationale. Le montant de ce complément était en effet calculé en fonction de la durée d'affiliation du travailleur et des montants versés dans le cadre de son travail.

(26) Comme dans l'affaire *K.B.* citée ci-dessus, la Cour laisse le dernier mot à la juridiction nationale. C'est à elle qu'il convient de vérifier, selon l'arrêt, que le partenaire de vie survivant se trouve dans une situation comparable à celle d'un époux bénéficiaire de la prestation de survie prévue par le régime de prévoyance professionnelle en cause en l'espèce (§§ 72 et 73).

(27) Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.* L 180, p. 22.

(28) C.J.C.E., 10 juillet 2008, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racisme bestrijding c. Feryn*, C-54/07.

(19) C.J.C.E., arrêt du 19 juin 2008, *Commission c. France*, C-220/07.

(20) Ou organisé par une entité publique. Voy. P. NIHOUL et P. RODFORD, *op. cit.*, chapitre 5.

(21) Directive 2002/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel », *J.O.* L 108, p. 51).

(22) C.J.C.E., arrêt du 1^{er} avril 2008, affaire *Maruko*, C-267/06. Auparavant, la Cour s'était déjà prononcée sur une question similaire. Voy. C.J.C.E., arrêt du 7 janvier 2004, *K.B.*, C-117/01 à propos de l'exclusion d'un partenaire transsexuel du bénéfice d'une pension de réversion dont l'octroi est limité au conjoint survivant. Dans cette affaire, la Cour avait jugé que, en application de l'article 141 CE, une législation nationale ne peut empêcher un couple de remplir la condition de mariage nécessaire pour que l'un d'entre eux puisse bénéficier d'un élément de la rémunération de l'autre. Pour la Cour, il incombait au juge national de vérifier si, en l'espèce, une personne dans la situation du demandeur pouvait se fonder sur l'article 141 CE pour se voir reconnaître le droit de faire bénéficier son partenaire d'une pension de réversion.

(23) *J.O.* L 303, p. 16.

(24) Traditionnellement, l'interdiction est utilisée pour protéger des travailleurs féminins auxquels sont parfois imposés des rémunérations inférieures alors que la situation dans laquelle ces femmes se trouvent est identique à celle que connaissent leurs collègues masculins. Dans l'arrêt, comme dans l'arrêt *K.B.* mentionné ci-dessus, la Cour montre que l'instrument peut être appliqué de manière plus large aux personnes faisant l'objet d'une discrimination en raison de l'identité des sexes dans un couple par exemple.

(25) Cette analyse n'est pas altérée par le fait que la pension de survie, dont le paiement était demandé, était organisée par une convention collective de travail ayant pour but d'apporter aux affiliés un complément par rapport aux prestations dues en vertu de la réglementation

7

Egalité de traitement - Fécondation *in vitro*²⁹

Dans le cadre d'une fécondation *in vitro*, une femme subit une ponction folliculaire. Le médecin traitant lui prescrit un congé de maladie. Au cours de ce congé, cette femme se voit signifier son licenciement. A ce moment, les ovules prélevés ont été fécondés, mais ils n'ont pas été « transférés ». Le transfert doit avoir lieu trois jours plus tard, à la date prévue dans le schéma médical arrêté en début de traitement. Les femmes enceintes sont protégées par la directive 92/85/CEE, du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes, au travail³⁰. Aux termes de cet instrument, ces femmes ne peuvent pas, en principe, être licenciées, durant leur grossesse³¹. La protection organisée par la directive est-elle applicable, toutefois, à la personne décrite ci-dessus ? A la date du licenciement, les ovules étaient fécondés. On pourrait en déduire que la grossesse a commencé et que la protection est donc applicable. Mais le transfert n'a pas encore eu lieu. Or, il n'y a aucune certitude, à ce moment, sur le point de savoir si le transfert sera réalisé, et si oui, quand. La femme, en principe « bénéficiaire » des ovules fécondés, garde la liberté de s'opposer à l'opération. Elle peut aussi en reculer le terme, pendant une période allant jusqu'à dix ans dans certains Etats membres. Dans ce contexte, appliquer la protection prévue par la directive dès la fécondation en laboratoire, avant le transfert, aurait pour conséquence un allongement éventuellement considérable de la protection. Une situation serait créée, où des abus sont possibles : une femme pourrait bénéficier de la protection en retardant le transfert pendant une période plus ou moins longue. La protection tirée de la directive ne serait plus liée à une grossesse mais à la détention, par un laboratoire, d'ovules fécondés...

La Cour décide donc que la directive ne trouve pas à s'appliquer. Elle s'efforce toutefois de trouver une base permettant de protéger la jeune femme qui, dans le cas pendant devant la juridiction nationale, a bien consenti au transfert, et s'est donc trouvée licenciée trois jours avant que ne commence sa grossesse. A cet effet, la Cour examine un autre instrument communautaire : la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à l'information et à la formation professionnelle, et les conditions de travail³².

(29) C.J.C.E., arrêt du 26 février 2008, *Mayr*, C-506/06. Sur l'arrêt, voy. A.-V. MICHAUX, « Arrêts Paquay et Mayr : la Cour étend la protection contre le licenciement des travailleuses (physiquement ou virtuellement) enceintes », *J.D.E.*, 2008, p. 146. Pour les années antérieures, voy. J. JACQUAIN, *Egalité entre travailleurs féminins et masculins*, *J.D.E.*, 1995, p. 30 ; 1998, p. 49 ; 2000, p. 201 ; 2000, p. 201 ; 2004, p. 1 ; 2005, p. 189.

(30) *J.O. L* 348, p. 1.

(31) Sauf si, sur la base des motifs que doit fournir l'employeur, il apparaît que la raison n'est pas liée à son état.

(32) *J.O. L* 39, p. 40.

Aux termes de cette directive, l'égalité de traitement implique l'absence de discrimination fondée sur le sexe. Cette interdiction s'applique notamment aux conditions de licenciement. Dans l'affaire examinée ici, la question est de déterminer dans quelle mesure le licenciement est intervenu selon des modalités pouvant être discriminatoires à l'encontre des femmes. En l'occurrence, la ponction folliculaire et le transfert dans l'utérus de la femme des ovules issus de cette ponction ne concernent que les femmes. Il s'ensuit que le licenciement d'une travailleuse en raison du fait qu'elle se soumet à ces opérations constitue une discrimination directe fondée sur le sexe. La Cour en conclut que, en application de la directive, le licenciement intervenu dans l'affaire doit être interdit, s'il est fondé essentiellement sur le traitement subi par la jeune femme en vue d'amorcer une grossesse.

8

Travail à temps partiel³³

Dans une chronique précédente³⁴, nous avons évoqué la politique formulée au niveau communautaire pour les emplois à durée indéterminée (préférence par rapport aux contrats à durée déterminée). Les contrats à temps partiel font aussi l'objet d'une politique communautaire, une politique qui semble aller plutôt dans l'autre sens : promouvoir cette forme d'emploi dans le but de limiter le chômage, même si ce type de contrat est souvent proposé à des catégories de la population qui mériteraient peut-être une protection³⁵.

Cette politique implique notamment que soient déclarées contraire au droit communautaire les réglementations nationales imposant des obstacles administratifs de nature à décourager le recours à ce type d'emploi. Ainsi, une réglementation italienne imposait aux employeurs l'obligation de notifier à l'administration compétente³⁶ une copie de tout contrat portant sur du travail à temps partiel. Selon le gouvernement italien, cette obligation était justifiée par la nécessité de lutter contre le travail au noir. Par ailleurs, cette obligation était également liée, selon le gouvernement, à la nécessité, pour l'administration, de vérifier l'usage fait, par les employeurs, des contrats à temps partiel (lutte contre les abus).

Dans son arrêt, la Cour se réfère à la directive 97/81³⁷. Cet instrument « a pour finalité de promouvoir le travail à temps partiel ». L'obligation de déposer une copie de chaque contrat de travail à temps partiel constitue un obstacle administratif susceptible de limiter la réalisation de

(33) C.J.C.E., arrêt du 24 avril 2008, *Michaemer*, C-55/07 et C-56/07.

(34) Voy. notamment *J.T.*, 2008, pp. 86-87.

(35) Dans la directive, le Conseil prend soin de préciser que le travail à temps partiel est encouragé seulement lorsqu'il est accepté « sur une base volontaire ». Par ailleurs, la directive, et l'accord-cadre qu'elle contient, lutte contre les discriminations dont font parfois l'objet les travailleurs à temps partiel.

(36) Direction provinciale de l'inspection du travail et de la sécurité sociale.

(37) Directive 97/81/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'U.N.I.C.E., le C.E.E.P. et la C.E.S.

9

Libre circulation - Détachement de travailleurs - Salaire minimum³⁹

Dans la chronique précédente, nous avons attiré l'attention du lecteur sur deux arrêts limitant le droit, pour des syndicats de travailleurs, de prendre des mesures, ou d'organiser des opérations pouvant avoir un effet sur la prestation des services au sein de la Communauté⁴⁰. Ces arrêts concernaient des entreprises émanant de « nouveaux » Etats membres et proposant des services, dans d'« anciens » Etats membres, à des tarifs défiant toute concurrence. Ces tarifs étaient rendus possible par l'application de barèmes pratiqués dans les Etats d'origine, ces barèmes étant plus bas dans les « nouveaux » Etats membres (régime du détachement de travailleurs).

Les deux arrêts ont été interprétés comme une limitation, par la Cour, de la possibilité, pour des associations de travailleurs, de mener des actions visant à protéger leurs acquis. Ils ont été perçus comme la confirmation de ce que l'élargissement de la Communauté a peut-être été décidé trop rapidement, exposant par là les travailleurs des « anciens » Etats membres à une concurrence acharnée de la part des travailleurs établis dans les « nouveaux » Etats membres qui cherchent à améliorer leur niveau de vie.

Une troisième affaire s'inscrit dans le sillage de ces arrêts. Elle concernait la construction d'un établissement pénitentiaire en Allemagne dans le cadre d'un contrat de travaux publics. Aux termes de la loi applicable dans l'Etat concerné, les contrats portant sur les travaux visés en l'espèce ne pouvaient être attribués qu'aux entreprises s'engageant à verser à leurs salariés, au minimum, la rémunération prévue par la convention collective applicable au lieu d'exécution des prestations. Si l'entreprise faisait appel à des sous-traitants, elle devait assurer le respect de ces obligations par ces derniers. En l'occurrence, le contrat avait été passé avec une entreprise allemande. Cette dernière avait fait appel à un sous-traitant polonais appliquant à ses ouvriers un taux inférieur de moitié au salaire minimal prévu.

Question : la loi dont question était-elle compatible avec le droit communautaire ?

La matière est régie par la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1996 concernant le détachement

(38) 15 EUR par contrat non notifié et par jour de retard, sans plafond.

(39) C.J.C.E., arrêt du 3 avril 2008, *Rüffert*, C-346/06.

(40) C.J.C.E., arrêt du 11 décembre 2007, *Viking Line*, C-438/05 et arrêt du 18 décembre 2007, *Laval e.a.*, C-341/05. Ces arrêts ont été publiés par extraits au *J.D.E.* : 2008, pp. 61 et 63. Voy. notre chronique, *J.T.*, 2008, p. 384.

de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services⁴¹.

Aux termes de cette directive, les États membres doivent veiller à ce que les entreprises garantissent aux travailleurs détachés sur leur territoire les conditions de travail et d'emploi fixées par : (a) les dispositions législatives réglementaires ou administratives ou (b) les conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'application générale⁴². En l'occurrence, le salaire minimum local ne relevait pas de la première catégorie car il était fixé dans une convention collective et non pas dans des dispositions législatives, réglementaires ou administratives. Elle ne relevait pas davantage de la seconde, car elle n'avait pas été déclarée d'application générale dans le cadre de la procédure prévue à cet effet. Du reste, elle n'avait pas une portée générale puisqu'elle s'appliquait à une partie seulement du secteur de la construction (marchés publics à l'exception des marchés privés).

Cette troisième affaire confirme la position adoptée par les institutions communautaires. Cette position découle des termes utilisés dans la directive. En application de celle-ci, les travailleurs des « anciens » États membres doivent obtenir que les conditions de rémunération soient consacrées par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales, s'ils veulent se protéger contre une concurrence qu'ils estiment déloyale de la part des travailleurs établis dans les « nouveaux » États membres. A défaut, ils doivent réclamer que ces conditions soient déclarées d'application générale en utilisant le mécanisme prévu à cet effet par la directive.

10

Libre circulation - Restriction fondée sur le comportement personnel des citoyens

L'affaire concernait un citoyen roumain qui avait été expulsé de Belgique en Roumanie, à la suite de sa situation irrégulière en Belgique et en vertu d'un accord signé entre les deux pays⁴³. Le ministère roumain de l'Intérieur avait demandé au tribunal compétent d'interdire au citoyen roumain concerné de se rendre en Belgique pendant une période pouvant aller jusqu'à trois ans. Le tribunal roumain avait interrogé la Cour de justice à propos de l'interprétation à donner à la directive relative au droit des citoyens européens de circuler et séjourner librement sur le territoire de l'Union européenne⁴⁴. La Cour rappelle que tout ci-

(41) J.O. 1997, L 18, p. 1.

(42) La directive prévoit un troisième système permettant l'imposition d'un taux de salaire minimal en l'absence d'un système de déclaration d'application générale. Toutefois, ce troisième système est seulement applicable de manière subsidiaire : lorsque n'existe pas, dans l'État concerné, un système de déclaration d'application générale.

(43) Accord de 1995 conclu entre la Belgique, le grand-duché de Luxembourg, les Pays-Bas et la Roumanie relatif à la réadmission de personnes en situation irrégulière.

(44) Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 avril 2004 relative au droit des citoyens de

toyen de l'Union peut circuler et séjourner librement sur le territoire des États membres mais ce droit n'est pas inconditionnel et peut être assorti de limitations, notamment pour des raisons d'ordre public ou de sécurité publique. Toutefois, de telles mesures d'ordre public ou de sécurité publique doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu concerné. Ainsi, le droit communautaire ne s'oppose pas à une réglementation nationale permettant de restreindre le droit d'un ressortissant d'un État membre de se rendre sur le territoire d'un autre État membre si le comportement personnel de ce ressortissant constitue une menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société. La mesure restrictive dans un tel cas, doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et proportionnelle à celui-ci⁴⁵.

11

Libre circulation - Régime d'assurance de soins de la Région flamande

Par un décret du Parlement de la Région flamande du 30 mars 1999 a été institué un régime d'assurance soins dans la Région flamande et dans la Région bilingue de Bruxelles-Capitale. Ce régime donne droit, sous certaines conditions, à la prise en charge par une caisse d'assurance de certains frais occasionnés par un état de dépendance pour raisons de santé, tels que les prestations d'aide à domicile ou l'achat d'équipement et de produits nécessaires au malade⁴⁶.

Dans un premier temps, le décret prévoyait qu'il fallait résider dans la Région flamande ou dans la Région bilingue de Bruxelles-Capitale pour pouvoir bénéficier du régime d'assurance soins. A la suite des objections de la Commission des Communautés européennes, le décret avait été modifié et son champ d'application avait été étendu aux personnes travaillant sur le territoire de la Région flamande ou de la Région bilingue de Bruxelles-Capitale et résidant dans un État membre autre que la Belgique.

La Cour constitutionnelle a alors interrogé la Cour de justice sur la compatibilité du décret avec la libre circulation des travailleurs et le droit d'établissement des indépendants. Dans sa réponse, la Cour de justice établit une distinction entre les situations purement internes, c'est-à-dire celles concernant les ressortissants belges n'ayant jamais exercé leur liberté de circuler à l'intérieur de la Communauté européenne. Le droit communautaire ne s'applique pas à de telles situations purement internes.

Par contre, les ressortissants d'autres États membres que la Belgique exerçant une activité professionnelle dans la Région flamande ou dans

l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement dans le territoire des États membres, J.O. L 158, p. 77 et rectificatif J.O. L 229, p. 35.

(45) C.J.C.E., 10 juillet 2008, C-33/07, *Ministerul Administratiei si Internelor c. Jipa*.

(46) C.J.C.E., 1^{er} avril 2008, C-212/06, *gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon c. gouvernement de la Région flamande*.

la Région bilingue de Bruxelles-Capitale mais résidant dans une autre partie du territoire belge tout comme les ressortissants belges ayant fait usage de leur droit à la libre circulation à l'intérieur de la Communauté européenne, subissent une restriction inacceptable aux libertés qui leur sont octroyées par le droit communautaire.

12

Protection des animaux⁴⁷

Le droit communautaire protège les animaux, mais cette protection est limitée aux périodes où ces derniers sont transportés en vue de leur abattage⁴⁸. Ces normes ont, du reste, un caractère assez général. Elles doivent être transposées en droit national. Lors de la transposition, le législateur danois avait « profité » de la généralité de ces règles. Les interprétant à la lumière de recommandations émises par le comité européen d'experts compétents en la matière⁴⁹, il les avait traduites en obligations relativement précises et contraignantes au grand dam des éleveurs et des transporteurs.

Saisie par la voie préjudicielle, la Cour devait évaluer la liberté laissée aux États membres dans le domaine concerné. Le législateur européen avait-il harmonisé de manière complète la matière concernée? Dans sa réponse, la Cour confirme l'option choisie par le gouvernement danois. Certes, la directive est fondée sur les dispositions relatives au marché intérieur. Son objet est d'éliminer les entraves techniques aux échanges d'animaux vivants. Il est aussi de permettre le bon fonctionnement des organisations de marchés.

Toutefois, note la Cour, son principal objectif, au-delà de cette base juridique, est la protection des animaux. Par ailleurs, les instruments communautaires imposent des règles minimales. Des règles nationales plus contraignantes sont donc possibles. Mais deux conditions doivent être satisfaites. Ces règles ne doivent pas remettre en cause la réalisation des objectifs de la directive. Par ailleurs, elles doivent demeurer objectivement nécessaires et proportionnées. En l'absence de données, il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier le respect de ces conditions.

(47) C.J.C.E., arrêt du 8 mai 2008, *Danske Svineproducenter*, C-491/06. Sur le sujet, voy. J.-P. MARGUENAUD et O. DUBOS, « Arrêt *Danske Svineproducenter* : la protection communautaire des animaux transportés », *J.D.E.*, 2008, pp. 206.

(48) Deux instruments étaient concernés : la directive 91/268/CEE du Conseil, du 19 novembre 1991, relative à la protection des animaux en cours de transport, J.O. L 340, p. 17; le règlement CE 411/98 du Conseil, du 16 février 1998, relatif à des normes complémentaires concernant la protection des animaux, applicables aux véhicules routiers utilisés pour le transport d'animaux pour des voyages dépassant une durée de 8 heures, J.O. L 52, p. 8. En substance, ces instruments harmonisent les durées de déplacement, les périodes de repos, l'espace disponible, les intervalles auxquels les animaux doivent être nourris et abreuvés.

(49) Recommandations figurant dans l'avis figurant sur le bien-être des animaux en cours de transport émis par le comité scientifique de la santé et du bien-être des animaux. Ce comité avait rendu un avis tenant compte de données scientifiques plus récentes que celles ayant servi à l'élaboration de la directive.

13

Remboursement d'aides légales non notifiées

Les aides fournies par des autorités publiques en violation du droit communautaire doivent être remboursées⁽⁵⁰⁾. C'est le cas, bien sûr, pour les aides qui vont à l'encontre du marché commun, à raison de leur contenu⁽⁵¹⁾. Qu'en est-il toutefois des aides dont le seul défaut est de n'avoir pas été notifiées? L'affaire concernait le C.E.L.F., une firme exerçant une activité de commissionnaire à l'exportation pour les livres publiés en France⁽⁵²⁾. Le C.E.L.F. avait reçu des subventions de l'État français. Ces subventions n'avaient pas été notifiées. Pour cette raison, elles furent déclarées illégales par la Commission qui, dans la même décision, considéra les aides comme compatibles avec le marché commun.

Dans son arrêt, la Cour indique que, dans de telles circonstances, l'obligation de remboursement peut être mise en œuvre de manière sou-

(50) Cette obligation connaît des exceptions mais l'ampleur de ces dernières est fort limitée.

(51) De telles aides entravent la concurrence. Leur maintien porterait atteinte au bon fonctionnement des marchés.

(52) C.J.C.E., arrêt du 12 février 2008, *Centre d'exportation du livre français*, aff. C-199/06.

14

Droit des marques

Le titulaire d'une marque a le droit exclusif d'apposer la marque sur ses produits, de manière à indiquer la provenance de ceux-ci. Si les tiers ont bien le droit d'user d'indications descriptives, ils ne peuvent exercer ce droit que moyennant le respect des usages honnêtes en matière commerciale. Tout risque de confusion entre les produits couverts par la marque du titulaire et les produits couverts par le signe utilisé par le tiers, doit être évité. Lorsque la marque est une marque renommée, elle est protégée même en l'absence de risque de confusion entre le signe et la marque. Le simple fait que le public concerné établisse un lien entre le signe et la marque suffit pour que l'usage de la marque par le tiers soit condamné.

A l'occasion d'une action introduite par Adidas, titulaire de la marque figurative constituée par trois bandes verticales parallèles, de largeur égale, apposées latéralement sur des vêtements de sport et de loisir, contre une société Marca Mode commercialisant des vêtements de sport et de loisir sur lesquels figuraient deux bandes parallèles, la Cour de justice va préciser l'application d'un principe dénommé « impératif de disponibilité ». Pour la Cour, l'intérêt général consistant à laisser certains signes disponibles pour tous ne fait pas partie des exceptions au droit exclusif du titulaire de la marque. L'impératif de disponibilité sous-tend certains motifs de refus d'enregistrement de la marque et doit être apprécié exclusivement dans ce cadre-là⁽⁵³⁾.

(53) L'avantage réside également dans l'amélioration de sa position concurrentielle face aux autres opérateurs pendant la durée de l'illégalité.

(54) Il pourra aussi ordonner d'autres mesures dans le cadre du droit national : remboursement de l'aide sans préjudice du droit de l'État de mettre celle-ci à nouveau à exécution; indemnisation de dommages causés en raison du caractère illégal de l'aide.

(55) C.J.C.E., 10 avril 2008, C-102/07, *Adidas c. Marca Mode*.

Par ailleurs, le Tribunal de première instance des Communautés européennes a confirmé la très grande renommée de la marque « Spa » dans le Benelux. C'est donc à bon droit que la société Spa Monopole a formé une opposition à l'encontre de l'enregistrement de la marque « Mineral Spa » par une société allemande Mülhens. Cette société allemande aurait très probablement tiré un profit indu de la renommée de la marque antérieure « Spa »⁽⁵⁶⁾.

15

Protection des consommateurs - Absence d'indemnisation du vendeur pour la période d'utilisation d'un bien de consommation défectueux par le consommateur

En 2002, l'entreprise de vente par correspondance allemande Quelle avait livré un four à une consommatrice allemande. En 2004, cette dernière avait constaté que l'appareil était défectueux et toute réparation impossible. La consommatrice avait renvoyé le four à Quelle qui l'avait alors remplacé par un four neuf tout en exigeant une indemnité pour l'usage fait du four défectueux jusqu'à son remplacement. Cette demande se fondait sur la réglementation allemande. La Cour suprême allemande a interrogé la Cour de justice sur la conformité de la réglementation allemande avec la directive relative aux biens de consommation⁽⁵⁷⁾. Dans son arrêt⁽⁵⁸⁾, la Cour de justice rappelle que le vendeur est responsable, vis-à-vis du consommateur, de tout défaut de conformité existant lors de la livraison du bien. En cas de défaut de conformité, le consommateur a le droit d'exiger du vendeur la réparation du bien ou son remplacement, dans les deux hypothèses sans indemnité, à moins que sa demande soit impossible à satisfaire ou disproportionnée. Pour la Cour, la gratuité de la mise en conformité par le vendeur a pour objet de protéger le consommateur de toute charge financière qui pourrait le dissuader de faire valoir ses droits. Cette gratuité correspond en outre à la finalité de la directive qui est de garantir un niveau élevé de protection des consommateurs. Dès lors, une réglementation telle que la réglementation allemande qui permet au vendeur qui a livré un bien de consommation affecté d'un défaut de conformité, d'exiger du consommateur une indemnité pour l'usage d'un bien non conforme jusqu'à son remplacement par un nouveau bien, n'est pas compatible avec la directive communautaire.

Lucette DEFALQUE
Avocat, professeur à l'U.L.B.

Paul NIHOUL
Professeur à l'U.C.L.

(56) T.P.I., 19 juin 2008, T-93/06, *Mülhens c. Office de l'harmonisation dans le marché intérieur*.

(57) Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, J.O. L 171, p. 12.

(58) C.J.C.E., arrêt du 17 avril 2008, *Quelle*, C-404/06.