

SOMMAIRE

- Chronique de droit communautaire,
par L. Defalque et P. Nihoul 381
- Vie du droit :
Le droit au silence, les investigations
de l'administration fiscale et l'enquête
pénale, par F. Kutry 386
- Droits de l'homme - Procès équitable -
Droit au silence - Enquête fiscale -
Incidence sur la procédure pénale.
(Cass., 2^e ch., 2 avril 2008, note) . . . 390
- I. Expertise - Matière civile - Honoraires
de l'expert - Taxation (article 991, C. jud.)
- Rigueur et qualité du travail -
Appréciation - Exécution sommaire
et parcellaire de la mission - Motivation
laconique entachée d'un défaut de
réponse aux observations des parties -
Conséquence - Réduction ex æquo
et bono - II. Dépens - Indemnité
de procédure (article 1022, C. jud.) -
Champ d'application - Incident
de taxation (article 991, C. jud.) - Non.
(Bruxelles, 21^e ch., 9 mai 2008) . . . 390
- Expertise - Matière civile - Réunion
d'installation (article 972 du Code
judiciaire) - Préparation - Réunion
préalable des parties à l'initiative
de l'expert.
(Cour trav. Liège, 9^e ch.,
14 avril 2008, note) 391
- Expertise - Réunion d'installation -
Renonciation - Condition - Accord
des parties (article 972, § 1^{er}, C. jud.) -
Application - Expertise ordonnée d'office -
Dispense décidée sans l'assentiment des
parties.
(Civ. Bruxelles, 16^e ch.,
24 janvier 2008) 392
- Prescription - Prescription extinctive -
Courtes prescriptions - Prescription
quinquennale - Dette périodique
(article 2277 du Code civil) - Champ
d'application - Factures de téléphone
(oui).
(J.P. Charleroi, 3^e cant.,
30 avril 2008) 393
- Chronique judiciaire :
Interview de J.-P. Buyle - Colloques -
Echos.

DOCTRINE

Chronique de droit communautaire

AU COURS DE LA PÉRIODE COUVERTE¹, la confidentialité de documents échangés entre un avocat et son client a été limitée à ceux émanant d'un avocat indépendant, non lié à son client par un contrat d'emploi. La compétence de la Communauté européenne en matière pénale a été confirmée. Et la Cour s'est reconnue compétente pour apprécier la légalité d'actions collectives menées par des syndicats de travailleurs dans un contexte communautaire.

1

Confidentialité des documents échangés entre un avocat et son client

La première affaire analysée ici aborde un sujet qui tient sans doute éveillé la nuit plus d'un chef d'entreprise! Que faire si une entreprise fait l'objet d'une vérification tôt le matin² au titre du droit de la concurrence? Le conseil juridique de l'entreprise peut-il alors refuser que soient emportés certains documents au motif que ces derniers sont confidentiels?

Deux entreprises avaient fait l'objet d'une vérification³. Certains documents paraissant confidentiels, il avait été décidé, sur place, au terme d'une négociation, que le responsable de la vérification consulterait sommairement les documents en présence d'un représentant de l'entreprise. Lors de cet examen sommaire, les parties ne purent s'accorder sur le sort à réserver à plusieurs documents concernant la situation de l'entreprise au regard du droit de la concurrence, notamment : des notes internes rédigées en vue d'obtenir un avis sur le sujet de la

part d'un avocat; des notes rédigées en interne pour mettre en place une procédure interne visant à assurer le respect du droit de la concurrence; des courriers électroniques échangés entre le directeur général de l'entreprise et le coordinateur nommé, au sein de l'entreprise, pour assurer le respect de ce droit⁴.

Quels documents étaient protégés par la confidentialité? Selon le T.P.I., les relations entre le client et ses avocats sont confidentielles. Il n'en va pas de même pour les documents rédigés par des juristes travaillant au sein de l'entreprise⁵. Ces documents ne sont pas couverts par la confidentialité. Sauf dans une situation : lorsque les documents ont été élaborés « exclusivement » pour demander un avis juridique à un avocat dans le cadre de l'exercice des droits de la défense.

Comment procéder pour sélectionner les documents? Lors d'une vérification, l'entreprise peut refuser aux agents de la Commission la possibilité de consulter, même de façon sommaire, des documents protégés par la confidentialité. A cet effet, elle doit démontrer, sans en dévoiler le contenu, que ces documents sont couverts par l'exception de confidentialité. Si la Commission n'est pas convaincue, les documents peuvent être emportés dans une enveloppe scellée. L'ouverture de cette enveloppe est soumise à

(1) 15 juillet - 31 décembre 2007. Sur la plupart des arrêts présentés ici, de plus amples analyses peuvent être trouvées au *Journal de droit européen* (J.D.E.), anciennement *Journal des tribunaux - Droit européen*.

(2) En anglais : « dawn raid ».

(3) Arrêt du T.P.I., 17 septembre 2007, *Akzo Nobel c. Commission*, sur le sujet, voy. D. VANDERMEERSCH et D. GÉRARD, « Arrêt Akzo - Le T.P.I. refuse d'étendre aux juristes d'entreprise la protection du secret professionnel », *J.T.D.E.*, 2007, p. 267.

(4) Cette personne était un avocat inscrit au barreau néerlandais. Au moment des faits, elle était membre du service juridique de l'entreprise. Elle était employée de façon permanente au sein de l'entreprise.

(5) A cet égard, le T.P.I. confirme la jurisprudence de la Cour. La protection s'applique dans la mesure seulement où les avocats sont indépendants, non liés à leur client par un rapport d'emploi. Les communications avec les juristes d'entreprise sont exclues.

l'adoption par la Commission d'une décision en ce sens. Comme elle produit des effets juridiques, cette décision peut faire l'objet d'un recours en annulation devant le T.P.I.⁶.

2

Concurrence : amende imposée à des filiales

Le chiffre d'affaires du groupe auquel appartient une filiale peut-il, et doit-il même, être pris en compte par la Commission, pour déterminer le montant à payer par cette filiale pour participation à une entente anticoncurrentielle?

La question était posée dans une affaire concernant, à nouveau, le groupe Akzo. Plusieurs sociétés du groupe avaient été condamnées. L'amende imposée à chaque filiale avait été calculée sur la base du chiffre d'affaires réalisé par le groupe au niveau mondial, et non pas sur celui réalisé par la filiale concernée⁷. Cette décision était justifiée par le fait que les filiales participaient à un groupe placé sous la direction d'une société mère.

En droit de la concurrence, les sociétés appartenant à un groupe constituent une même entreprise. Il en va différemment lorsque les sociétés ne déterminent pas leur comportement de façon autonome. Si elle détient 100% du capital d'une filiale, une société mère est censée exercer une influence déterminante sur le comportement de sa filiale. Cette présomption peut être renversée en démontrant l'autonomie de cette dernière.

En l'occurrence, les filiales avaient soumis des schémas expliquant l'organisation du groupe et tendant à montrer que, dans les faits, chaque filiale menait son activité en autonomie. Dans son arrêt, le T.P.I. note toutefois que les règlements internes au groupe accordent à la société mère, dans un nombre substantiel de domaines⁸, le droit d'intervenir dans la décision finale prise par les filiales, lorsqu'elle l'estime requis. Selon le T.P.I., ceci indique que, contrairement à ce que font valoir les filiales, leur liberté était bien encadrée par la volonté de la société mère. Dans ces conditions, la Commission pouvait, et devait même, fonder son évaluation sur le chiffre d'affaires réalisé par le groupe dans son ensemble.

(6) Pour le T.P.I., la lecture de documents d'une manière à prendre connaissance de leur contenu, même de façon sommaire, sans recourir à la procédure de « l'enveloppe scellée » viole le principe de confidentialité, de même que l'ouverture de l'enveloppe sans que soit prise à cet effet une décision susceptible de recours. Lorsqu'une telle décision est adoptée, la Commission doit attendre l'écoulement du délai de recours avant d'ouvrir l'enveloppe ou, si un recours est introduit, la fin de la procédure judiciaire (recours en annulation, pourvoi).

(7) Arrêt du T.P.I., 12 décembre 2007, affaire T-112/05, *Akzo Nobel e.a. c. Commission*. Sur le sujet, voy. D. VANDERMEERSCH et D. GÉRARD, « Arrêt Akzo - Le T.P.I. refuse d'étendre aux juristes d'entreprise la protection du secret professionnel », *J.T.D.E.*, 2007, p. 267.

(8) Stratégie, élaboration du plan opérationnel, investissements, politiques générales de fonctionnement, audit, comptabilité, ressources humaines, affaires juridiques.

3

Microsoft

Voilà donc la fin de cette procédure, ou à tout le moins la fin de la procédure en ce qui concerne le fond de l'affaire. Le T.P.I. a confirmé en substance la décision prise par la Commission européenne à l'encontre de l'entreprise américaine Microsoft⁹. La Commission avait conclu à l'existence d'un abus de position dominante (article 82 CE). Le premier abus découlait du refus, par Microsoft, de communiquer des informations destinées à permettre le développement de produits compatibles. Le marché concerné était celui des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupes de travail. Le second abus résultait de la vente liée, réalisée par l'entreprise, de son lecteur multimédia Windows Media Player avec le système d'exploitation Windows pour PC.

La décision est toutefois annulée sur un point. La Commission avait mis en place un mécanisme destiné à assurer le respect de sa décision¹⁰. Ce mécanisme impliquait la désignation d'un mandataire indépendant. Ce dernier devait avoir accès à l'assistance, aux informations, aux documents, aux locaux et aux employés de Microsoft. Il devait également avoir la possibilité de consulter le code source de divers produits fabriqués par l'entreprise. L'ensemble des coûts liés à ce mécanisme devait être pris en charge par Microsoft.

Cela va au-delà de ce qui est admissible, estime le T.P.I. dans son arrêt. La Commission peut se faire assister par un expert externe. A cet expert, elle peut communiquer des informations et des documents confidentiels. Mais elle ne peut déléguer à cet expert des pouvoirs d'enquête. Par ailleurs, elle ne peut mettre à la charge de l'entreprise les coûts qu'elle encourt pour assurer le respect de ses propres décisions.

4

Golden shares : Volkswagen¹¹

Les Etats membres peuvent-ils détenir, dans le capital de sociétés commerciales, des actions leur attribuant des droits spécifiques, qui diffèrent de ceux détenus par les autres actionnaires? Cette question reste importante en Europe, dans le contexte des privatisations qui continuent à avoir cours. Autrefois, l'autorité jugeait

(9) Arrêt du T.P.I., du 17 septembre 2007, *Microsoft c. Commission*, T-201/04. Voy. N. PETIT, « L'arrêt Microsoft : abus de position dominante, refus de licence et vente liée », *J.D.E.*, 2008, p. 8. L'arrêt a été publié par extraits au *J.T.D.E.*, 2007, p. 304.

(10) Il fallait vérifier que les informations fournies par Microsoft correspondaient à celles désignées, de manière générale, par la Commission.

(11) Arrêt de la C.J.C.E., du 23 octobre 2007, aff. C-112/05, *Commission c. Allemagne*, dit « Volkswagen ». Voy. « Arrêt Volkswagen : les droits spécifiques détenus par certains Etats membres dans le capital d'entreprises », N. FLANDIN et A. SUTTON, *J.D.E.*, 2008, p. 48.

important de détenir des participations pouvant être substantielles dans le capital d'entreprises fournissant des services jugés essentiels. Cette tendance a diminué avec l'espoir que les activités seraient exercées de manière plus efficace si elles étaient confiées à des opérateurs privés. Les parts détenues par les autorités ont alors été vendues progressivement. Nombreuses sont toutefois les autorités à avoir modifié les statuts des entreprises concernées pour attacher à leurs parts restantes des prérogatives particulières, leur permettant de contrôler encore certains décisions dans l'entreprise, en dépit de la diminution de leur part dans le capital.

La question a été examinée dans plusieurs arrêts, dont certains ont été analysés dans nos chroniques antérieures. Un nouvel arrêt mérite d'être examiné, eu égard à l'identité de l'autorité mise en cause. Il s'agissait, en effet, cette fois, de l'Allemagne, l'Etat sans doute le plus puissant, sur le plan économique, dans l'Union européenne. On se demandait si la Cour adopterait, également, à l'encontre de cet Etat, l'attitude peu conciliante qu'elle avait manifestée dans des dossiers similaires à l'égard d'autres Etats moins importants.

En l'espèce, la Commission critiquait les règles allemandes organisant la représentation des autorités publiques dans le capital de la société Volkswagen.

En vertu de ces règles, les droits de vote étaient plafonnés à 20% du capital par actionnaire. En soi, une telle règle ne privilégie pas les pouvoirs publics. Il en allait différemment dans le contexte où s'inscrivait l'affaire. Il faut savoir que l'Etat fédéral et le Land de Basse-Saxe étaient les principaux actionnaires de la société. Dans le capital de cette dernière, ils détenaient, précisément, chacun, 20% du capital. La règle énoncée ci-dessus avait donc pour effet, et sans doute pour objet, de rendre impossible l'acquisition, par un autre actionnaire, d'un pouvoir supérieur à celui détenu par ces autorités.

Une autre règle fixait à 20% la minorité de blocage. A nouveau, cette règle paraissait anodine. Mais elle produisait un effet particulier dans le contexte « Volkswagen ». On a vu que les deux autorités détenaient une part de 20% dans le capital de l'entreprise. Dans ce contexte, la règle accordait, individuellement, à ces autorités une minorité de blocage. Chacune pouvait ainsi empêcher l'adoption, par le conseil d'administration, d'une décision qui lui semblait peu opportune, pourvu que cette décision soit soumise à la minorité de blocage prévue dans les statuts de l'entreprise.

Autre règle critiquée par la Commission : en vertu du droit allemand, l'Etat fédéral et le Land de Basse-Saxe pouvaient désigner, chacun, deux représentants, au conseil de surveillance. Ensemble, ces autorités pouvaient ainsi nommer quatre représentants. Ce nombre était supérieur à celui qu'elles auraient eu le droit de désigner si l'on avait appliqué le droit commun des sociétés en vigueur en Allemagne.

Dans l'arrêt, ces diverses prérogatives sont analysées par la Cour comme des restrictions à la circulation des capitaux. En créant ces prérogatives, l'autorité publique s'est réservée, selon la Cour, des droits qui ne sont pas accessibles aux

(12) Arrêt de la C.J.C.E., 13 décembre 2007, *Odenbreit*, aff. C-463/06.



autres actionnaires. Partant, elle a institué une inégalité entre les actionnaires publics et privés. Cette inégalité, pour la Cour, est de nature à rendre moins attirante l'acquisition de parts par des investisseurs étrangers dans la société concernée.

Aux termes de la jurisprudence, une restriction peut être justifiée si elle est motivée par un objectif légitime et est conforme au principe de proportionnalité. Pour l'Allemagne, lesdites prérogatives étaient justifiées par la protection des travailleurs. Par ailleurs, les prérogatives devaient aussi servir à protéger les intérêts des actionnaires minoritaires (publics ou privés).

Sur le plan des principes, ces objectifs ne sont pas écartés par la Cour. Qui songerait d'ailleurs à les mettre en cause! Cependant, la Cour critique le lien existant entre les prérogatives critiquées et les objectifs invoqués. Pour la juridiction, l'Allemagne s'est contentée d'avancer des « considérations générales » (§ 74) sans démontrer concrètement que ces objectifs ne pouvaient pas être atteints par des mesures moins restrictives.

5

Accidents de la circulation¹²

Dans le cadre de nos activités privées ou professionnelles, nous traversons en voiture un nombre croissant de territoires nationaux. Des accidents de la circulation s'ensuivent inévitablement. Supposons qu'un litige naisse d'un accident survenu dans de telles circonstances. Où les actions judiciaires éventuelles devront-elles être introduites?

La question était posée à l'occasion d'un accident survenu à un citoyen allemand résidant en Allemagne alors qu'il circulait aux Pays-Bas. En désaccord avec l'autre partie, la victime (M. Odenbreit) introduisit, en Allemagne, dans son Etat de résidence donc, une action directe, dirigée contre l'assureur néerlandais.

La question se posait de savoir si cette solution était conforme au droit communautaire. Selon une directive de 2000 harmonisant l'assurance R.C. automobile¹³, les Etats membres doivent prévoir, dans le domaine de la responsabilité civile, que les personnes lésées disposent d'un droit d'action directe à l'encontre de l'assureur couvrant la responsabilité de la personne responsable. Selon le règlement Bruxelles I¹⁴, l'assureur peut être appelé devant le tribunal saisi de l'action de la personne lésée. Une condition doit être satisfaite pour bénéficier de cette possibilité. La loi nationale doit permettre l'action directe.

La conclusion s'imposait donc : selon la Cour, la victime d'un accident de la circulation peut

entamer une action directe contre l'assureur du responsable devant le tribunal de son propre domicile. Ce droit est soumis à deux conditions. L'assureur doit être domicilié dans un Etat membre de l'Union européenne. Et la possibilité d'une action directe doit être admise par le droit national.

6

Transactions immobilières

Le droit européen n'est pas réservé à des spécialistes : étant une source de droits et obligations, il affecte la plupart des domaines juridiques.

Cette quasi-omniprésence du droit européen, parfois où on l'attend le moins, est apparue de manière spectaculaire, durant la période couverte, dans une affaire concernant la vente d'un bien bâti par deux veuves allemandes à des acheteurs étrangers.

Traditionnellement, les règles relatives aux transactions immobilières relèvent du droit national¹⁵. Ainsi, l'acquisition d'une propriété immobilière ne découle pas automatiquement, en droit allemand, de la conclusion d'un accord. Le transfert doit être transcrit dans le registre foncier.

En l'espèce, le bien était vendu à trois acheteurs, dont l'un figurait sur une liste de personnes frappées par une obligation de « gel de fonds » en application de mesures communautaires antiterroristes¹⁶.

Une série de questions délicates s'ensuivait, pour ce qui concerne la transaction. Tout d'abord, la transcription pouvait-elle avoir lieu sur le registre foncier? La Cour répond par la négative. Pour elle, un bien bâti est une ressource économique. En application des mesures communautaires susvisées, un tel bien ne pouvait donc être mis à la disposition des personnes figurant sur une liste antiterroriste.

Ensuite, que faire du paiement déjà effectué par les acheteurs? Dans l'affaire, le contrat de vente avait été conclu. La somme — plus de deux millions DEM — avait été versée sur un compte à affectation spéciale appartenant au notaire instrumentant. Cette somme devait être versée aux vendeuses dès que la transcription provisoire serait réalisée. Ladite transcription avait déjà eu lieu. Ce n'est qu'au stade de la demande de transcription définitive qu'était apparue la difficulté en relation avec les mesures communautaires antiterroristes.

Les vendeuses étaient donc en possession du prix du bien. Pouvaient-elles le conserver, et revendre éventuellement une seconde fois le bien? Ou étaient-elles tenues de le restituer, mais alors des fonds seraient mis à la disposition des acheteurs parmi lesquels figurait une

7

Accès du public aux documents des institutions européennes

Dans quelle mesure des particuliers peuvent-ils accéder aux documents détenus par des institutions européennes? Par exemple, des avocats peuvent-ils consulter des écritures déposées par la Commission dans des affaires similaires à celles qu'ils rencontrent? En l'espèce, l'Association de la presse internationale¹⁷ (A.I.P.) demandait l'accès aux écritures présentées par la Commission européenne dans le cadre de plusieurs affaires ayant eu lieu devant la Cour ou le T.P.I.^{18 20}.

Cette demande reçut une réponse sélective de la part de la Commission.

— Pour les affaires préjudicielles, l'accès fut accordé au motif que l'audience de plaidoirie avait déjà eu lieu.

— Pour les recours directs, il fut refusé au motif que l'arrêt définitif n'était pas encore prononcé.

— Pour les affaires connexes pendantes, ou les procédures analogues encore en état, l'accès fut également refusé : il le serait tant que ne serait pas clôturée l'affaire pendante ou en état.

La distinction ainsi introduite entre différents types d'affaires fut soumise au T.P.I. dans le cadre d'un recours en annulation introduit contre la décision de la Commission.

Dans son arrêt, le T.P.I. rappelle que la matière est régie par un règlement communautaire²¹. En vertu de ce règlement, tout citoyen de l'Union et toute personne physique ou morale résidant dans un Etat membre peut accéder aux documents détenus par la Commission ou par d'autres institutions communautaires. Des exceptions sont prévues, notamment lorsqu'une divulgation porterait atteinte à des avis juridiques, des procédures juridictionnelles, des ac-

(17) « Il incombe... à la juridiction de renvoi d'examiner si, au vu des particularités de l'affaire au principal, un éventuel remboursement des sommes perçues par les vendeuses constituerait une atteinte disproportionnée au droit de propriété de ces dernières et, si tel est le cas, d'appliquer la réglementation nationale en cause, dans toute la mesure du possible, dans des conditions qui ne méconnaissent pas lesdites exigences qui découlent du droit communautaire ».

(18) Organisation de journalistes étrangers basée en Belgique.

(19) Arrêt du T.P.I., 12 septembre 2007, aff. T-36/04, *Association de la presse internationale c. Commission*. Pour un autre arrêt récent sur le sujet, voy. C.J.C.E., 25 avril 2007, *WWF c. Conseil*, J.T.D.E., 2007, p. 279.

(20) Ces affaires concernaient principalement des dossiers de concurrence, ainsi que les dossiers « ciel ouvert ».

(21) Règlement CE N° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (J.O. L 145, p. 43).

(13) Directive 2000/26/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 mai 2000, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs, J.O. L 149, p. 14, article 3.

(14) Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale J.O. L 12 du 6 janvier 2001, pp. 1-23, article 11.

(15) Arrêt de la C.J.C.E., du 9 octobre 2007, aff. C-117/06, *Mollendorf e.a.*

(16) Règlement CE 881/2002 du Conseil, du 27 mai 2002, instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama Ben Laden, au réseau Al Qaïda et aux talibans, J.O. L 139, p. 9, amendé.

tivités d'inspection/d'enquête/d'audit. Pour invoquer ces exceptions, l'institution doit au préalable examiner le contenu de chaque document demandé.

C'est sur ce point que porte l'arrêt de manière spécifique. Dans son arrêt, le T.P.I. précise que cette obligation d'examen concret et individuel a des limites. Ainsi, les institutions communautaires ne sont pas tenues de justifier un refus par une référence spécifique au contenu du document lorsque la demande concerne une affaire dans laquelle l'audience n'a pas encore eu lieu. Dans les autres cas, l'institution pourra rejeter la demande. Mais elle devra alors justifier ce refus par le contenu du document demandé²².

8

Le pluralisme culturel à Bruxelles

Dans plusieurs Etats membres, des règles contraignent les exploitants de réseaux à diffuser des programmes particuliers. Une telle obligation existe, par exemple, dans la Région bruxelloise. Elle est motivée par le souci de sauvegarder le caractère pluraliste et culturel des programmes offerts au public.

De telles obligations suscitent une difficulté. En imposant la diffusion de certains programmes, ne favorisent-elles pas certains organismes? Comme les programmes à diffuser sont souvent d'origine nationale, la prestation des services par les organismes relevant d'autres Etats membres n'est-elle pas entravée?

La question a été portée devant le Conseil d'Etat belge dans le cadre d'une affaire impliquant quatre câblodistributeurs belges²³.

Saisie d'un renvoi préjudiciel, la Cour conclut à l'existence d'une entrave. Selon elle, la réglementation nationale impose des conditions aux organismes pour accéder au réseau de distribution, et donc au marché national ou à une partie de ce dernier.

De telles entraves peuvent être justifiées si elles sont motivées par le souci de réaliser un objectif légitime et si elles sont conformes au principe de proportionnalité. En l'espèce, la première condition était satisfaite. La Cour admet des mesures restrictives imposées au titre d'une po-

litique culturelle. La transmission de programmes dans les deux langues, au sein de cette région bilingue, peut faire partie d'une telle politique.

Pour la seconde condition, la Cour renvoie à la juridiction nationale. Elle énonce une série de conditions à satisfaire au titre de la proportionnalité. Les critères pour la sélection des programmes doivent être connus à l'avance. L'accès doit être strictement limité aux organismes dont les programmes sont aptes à réaliser l'objectif recherché. Enfin, les critères ne peuvent introduire une discrimination. Ainsi, l'autorité ne peut imposer aux organismes, pour qu'ils soient retenus, une condition d'établissement sur le territoire national.

Ces critères étaient-ils respectés dans le cas des mesures belges en cause dans le litige? Pour le savoir, il faudra attendre l'arrêt à rendre par le Conseil d'Etat sur la base de cette réponse préjudicielle fournie par la Cour...

9

Actions collectives de travailleurs

A deux reprises durant la période recensée, la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur la compatibilité avec les grandes libertés consacrées par le Traité, d'actions collectives organisées par des syndicats. Pour la Cour, le droit de mener une action collective est certes, un droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect. Le caractère fondamental d'un tel droit n'est toutefois pas de nature à faire échapper les actions collectives au champ d'application du droit communautaire. Conformément à sa jurisprudence constante, la Cour va dès lors examiner si de telles actions collectives entraînent des restrictions à la libre circulation des services et au droit d'établissement et si de telles restrictions peuvent être considérées comme justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général.

La première affaire concernait un *ferry* battant pavillon finlandais et assurant la liaison entre Tallinn et Helsinki²⁴. Les membres de l'équipage étaient syndiqués auprès d'un syndicat finlandais. L'exploitation du *ferry* étant déficitaire, son propriétaire décide de changer de pavillon et de faire immatriculer le bateau en Estonie, de manière à pouvoir employer un équipage estonien rémunéré à un niveau de salaire inférieur à celui pratiqué en Finlande.

A la demande du syndicat finlandais, une fédération internationale de syndicats dans le secteur des transports de 140 pays, a adressé une circulaire à tous ses affiliés, dont le syndicat estonien, en leur demandant de ne pas entrer en négociation avec le propriétaire du *ferry*. Parallèlement, le syndicat finlandais a exigé la conclusion d'une convention collective prévoyant qu'en cas de changement de pavillon, l'équipage ne serait pas licencié et le droit finlandais

continuerait à être respecté. Le propriétaire du *ferry* a saisi les juridictions britanniques (la Fédération internationale de syndicats, auteur de la circulaire contestée, ayant son siège à Londres) en leur demandant de considérer que les actions collectives en cause restreignent l'exercice du droit d'établissement. Répondant aux questions préjudicielles posées par la juridiction britannique, la Cour estime que de telles actions constituent bien des restrictions à la liberté d'établissement. Toutefois, elles peuvent être justifiées par l'objectif de protection des travailleurs s'il est bien établi que les emplois ou conditions de travail sont compromis ou sérieusement menacés. Les actions engagées par les syndicats doivent également être aptes à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. La juridiction nationale devra se prononcer sur ce point et vérifier si le syndicat finlandais, en application du droit national et du droit conventionnel, ne disposait pas d'autres moyens, moins restrictifs de la liberté d'établissement, pour faire aboutir la négociation collective entamée avec le propriétaire du *ferry* et s'il avait bien épuisé tous ces moyens.

La seconde affaire concernait une action collective par laquelle une organisation syndicale d'un Etat membre, tentait de contraindre une société d'un autre Etat membre, détachant des travailleurs pour l'exécution de chantiers dans le premier Etat membre, à entamer des négociations sur les salaires et à adhérer à une convention collective²⁵. En l'espèce, il s'agissait d'une société lettonne ayant détaché des travailleurs lettons pour l'exécution de travaux de construction en Suède. Le tribunal suédois compétent saisi de la légalité de l'action syndicale au regard de la libre prestation des services et de la directive 96/71/CE sur le détachement des travailleurs, a interrogé la Cour de justice. Celle-ci constate que le droit des organisations syndicales d'un Etat membre de mener des actions collectives, par lesquelles les entreprises d'autres Etats membres sont contraintes de négocier des salaires minima et d'adhérer à une convention collective dont les clauses vont au-delà de la protection minimale assurée par la directive 97/71/CE, constitue une restriction à la libre prestation des services. La Cour examine ensuite si cette restriction peut être justifiée par la protection des travailleurs. Tel n'est pas le cas, lorsque, comme en l'espèce, le droit d'actions collectives reconnu aux syndicats s'inscrit dans un contexte national marqué par l'absence de dispositions suffisamment précises rendant impossible ou excessivement difficile la détermination par l'entreprise détachant des travailleurs, des obligations qu'elle devrait respecter en termes de salaire minimal. Au surplus, une réglementation nationale qui ne tient pas compte des conventions collectives auxquelles les entreprises qui détachent des travailleurs sont déjà liées dans l'Etat membre d'origine, crée une discrimination à l'encontre de ces entreprises, dans la mesure où elle leur applique le même traitement que celui réservé aux entreprises nationales qui n'ont pas conclu de collections collectives. Une telle discrimination ne peut être justifiée par des considérations d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.

(22) Ainsi, cette obligation de motivation par le contenu du document est applicable lorsque les documents demandés concernent une affaire clôturée par un arrêt rendu par le T.P.I. sans pourvoi devant la Cour, mais ayant fait l'objet d'une demande connexe en dommages-intérêts introduite par la même partie. Pour le T.P.I., la possibilité que des arguments présentés dans une affaire close puissent être discutés dans une affaire similaire n'est pas suffisante pour refuser l'accès sans se référer au contenu des documents. De même, l'obligation s'applique aux affaires en manquement closes par des arrêts de la Cour, lorsque les Etats ne se sont pas encore conformés à l'arrêt et que des discussions sont en cours entre eux et la Commission. Refuser l'accès à des documents au prétexte que toutes les suites à donner aux procédures ne sont pas arrêtées, reviendrait à soumettre cet accès à des éléments futurs et incertains, dépendants de la célérité et de la diligence des autorités concernées.

(23) Arrêt de la C.J.C.E., du 13 décembre 2007, aff. C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium* e.a. Les quatre entreprises concernées sont : U.P.C., Coditel Brabant, Brutélé et Wolu TV.

(24) Arrêt de la C.J.C.E. du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *ITF et FSU c. Viking Line*. Voy. J.D.E., 2008, p. 61.

(25) Arrêt de la C.J.C.E. du 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05. Voy. J.D.E., 2008, p. 63.

10

Déduction des frais de scolarité

Deux arrêts ont été rendus le même jour à propos de la loi allemande relative à l'impôt sur le revenu, permettant aux contribuables de déduire partiellement les frais de scolarité versés à certaines écoles privées situées en Allemagne, la même déduction étant refusée lorsque l'école est située dans un autre Etat membre. Par le premier arrêt, la Cour répond aux questions préjudicielles posées par le tribunal de Cologne. Elle juge que le droit communautaire s'oppose à ce que l'abattement fiscal soit refusé de manière générale pour des frais de scolarité versés à des écoles situées dans d'autres Etats membres⁽²⁶⁾. Le deuxième arrêt statue sur le recours en manquement introduit par la Commission⁽²⁷⁾. La Cour juge qu'en excluant de manière générale les frais de scolarité liés à la fréquentation d'une école située dans un autre Etat membre, de la déduction fiscale prévue par la loi allemande relative à l'impôt sur le revenu, l'Allemagne a manqué à ses obligations en matière de libre circulation des citoyens et des travailleurs, de libre prestation des services et de droit d'établissement.

11

Notion de « médicament »

L'Allemagne refusait l'importation et la commercialisation de gélules de poudre d'ail considérant qu'il s'agissait de médicaments. Or, les médicaments ne peuvent être mis sur le marché que moyennant une autorisation de mise sur le marché délivrée soit par les autorités nationales compétentes soit par l'Agence européenne du médicament, et ce en vertu du code communautaire relatif aux médicaments à usage humain. La procédure d'obtention d'une autorisation de mise sur le marché est longue et coûteuse et la classification de ces gélules d'ail comme des médicaments n'était donc pas sans incidence.

Dans un arrêt en manquement rendu contre l'Allemagne⁽²⁸⁾, la Cour souligne que le code communautaire relatif aux médicaments à usage humain ne constitue que la première étape d'une harmonisation et que des différences subsistent entre les Etats membres en matière de qualification des produits. Suivant la définition du médicament donnée par le code, un produit peut être un médicament soit par présentation, soit par fonction. La présentation sous forme de gélule est un indice de « présentation » mais n'est pas propre aux médicaments. Quant à la fonction, le critère de l'effet physiologique n'est pas spécifique aux médicaments mais fait également partie des cri-

tères retenus pour la définition des « compléments alimentaires ». En l'espèce, les gélules ne contiennent aucune substance qui ne soit contenue dans l'ail à l'état naturel et elles n'ont pas d'effets positifs ou négatifs supplémentaires par rapport à ceux qui découlent de la consommation d'ail à l'état naturel. Or, pour répondre à la définition du médicament par fonction, un produit doit avoir pour fonction de prévenir ou de guérir. De simples effets bénéfiques pour la santé ne suffisent pas pour qu'un produit soit qualifié de médicament. Par conséquent, la gélule d'ail ne répond ni à la définition du médicament par présentation ni à celle du médicament par fonction.

La Cour en déduit que le classement par l'Allemagne des gélules d'ail comme des médicaments et l'exigence d'une autorisation de mise sur le marché qui en découle, constituent des entraves à la libre circulation de marchandises légalement commercialisés en tant que produits alimentaires dans d'autres Etats membres. L'argument de santé publique invoqué par l'Allemagne n'est pas pertinent puisqu'il se fonde sur les risques liés à l'absorption d'ail en général et n'est pas propre aux gélules en cause. Au surplus, l'exigence d'une autorisation préalable à la mise sur le marché est une mesure disproportionnée.

12

Libre circulation des capitaux entre Etats membres et Etats tiers

La libre circulation des capitaux est l'une des quatre libertés consacrée par le Traité CE, l'objectif poursuivi étant la réalisation du marché intérieur. La particularité de cette liberté est que son principe figure dans le même article du Traité CE et dans les mêmes termes pour les mouvements de capitaux qui ont lieu à l'intérieur de la Communauté et pour ceux qui ont lieu entre Etats membres et Etats tiers. Toutefois, des clauses de sauvegarde et des dérogations s'appliquent spécifiquement aux mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers.

Confrontée à une législation suédoise refusant un avantage fiscal lorsqu'il n'existe pas entre la Suède et l'Etat tiers concerné, une convention prévoyant l'échange des renseignements permettant de vérifier les conditions légales à remplir, la Cour a clarifié certains points⁽²⁹⁾.

La Cour rappelle d'abord que les dispositions du Traité relatives à la libre circulation des capitaux sont directement applicables et peuvent être invoquées devant le juge national, même lorsqu'il s'agit de mouvements de capitaux entre un Etat membre et un Etat tiers. Elle admet ensuite, que la libéralisation de tels mouvements peut poursuivre des objectifs autres que la réalisation du marché intérieur, notamment assurer la crédibilité de la monnaie unique et le maintien dans la Communauté de centres financiers de dimension mondiale. Les mouvements de capitaux entre la Communauté et les pays tiers se déroulent dans un contexte juridi-

que différent de celui qui régit les mouvements internes à la Communauté. C'est dans ce contexte que les restrictions entraînées par la loi suédoise doivent être appréciées, étant entendu que l'efficacité des contrôles fiscaux constitue une raison impérieuse d'intérêt général. Dès lors, une justification pourrait être valable pour des restrictions vis-à-vis de pays tiers alors qu'elle ne le serait pas pour des entraves aux mouvements de capitaux à l'intérieur de la Communauté. Ainsi, un Etat membre ne saurait invoquer l'impossibilité de solliciter la collaboration d'un autre Etat membre pour recueillir des informations afin de justifier le refus d'un avantage fiscal. Par contre, cette impossibilité peut être invoquée lorsque de telles informations ne sont pas disponibles en l'absence de convention internationale entre l'Etat membre de la Communauté et l'Etat tiers.

13

Compétence de la Communauté européenne en matière pénale

Jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, il convient de distinguer les compétences de la Communauté européenne (premier pilier du Traité sur l'Union européenne) de celles de l'Union européenne (deuxième pilier relatif à la politique de défense et de sécurité commune et troisième pilier relatif à la coopération policière et judiciaire pénale). L'harmonisation réalisée sur le fondement des dispositions du deuxième ou du troisième pilier n'est pas une harmonisation de droit communautaire. Elle se réalise suivant des procédures intergouvernementales qui ne sont pas des procédures de droit communautaire. Les actes adoptés n'ont pas les caractéristiques propres à l'ordre juridique communautaire et le contrôle exercé par la Cour de justice est moindre puisqu'il n'y a pas de possibilité de recours en manquement et que la compétence préjudicielle de la Cour est limitée. Celle-ci a, en conséquence, donné une interprétation restrictive à la compétence du Conseil de fonder un acte sur une base juridique figurant dans le deuxième ou troisième pilier alors que l'acte aurait pu ou dû se fonder sur une disposition du Traité CE. Dans un arrêt de principe rendu le 13 septembre 2005⁽³⁰⁾, la Cour avait annulé une décision-cadre du Conseil relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, au motif que cet acte empiétait sur la compétence de la Communauté européenne et aurait dû se fonder sur les dispositions du Traité CE. Cependant, la Cour a déclaré que même si, en principe, la Communauté n'a pas de compétence en matière pénale, le législateur communautaire peut imposer aux Etats membres l'obligation d'instaurer des sanctions pénales pour garantir la pleine effectivité de normes destinées à lutter contre des atteintes graves à l'environnement.

Dans un arrêt du 23 octobre 2007⁽³¹⁾, la Cour confirme la compétence du législateur commu-

(26) Arrêt de la C.J.C.E. du 11 septembre 2007, aff. C-76/05, *Schwarz c. Finanzamt Bergisch Gladbach*.

(27) Arrêt de la C.J.C.E. du 11 septembre 2007, aff. C-318/05, *Commission c. Allemagne*.

(28) Arrêt de la C.J.C.E. du 15 novembre 2007, C-319/05, *Commission c. Allemagne*.

(29) Arrêt de la C.J.C.E. du 18 décembre 2007, C-101/05, *Skatteverket c. A.*

(30) Arrêt de la C.J.C.E. du 13 septembre 2005, C-176/03, *Commission soutenue par le Parlement européen c. Conseil*.

(31) Arrêt de la C.J.C.E. du 23 octobre 2007, C-340/05, *Commission et Parlement européen c. Conseil*.

nautaire pour imposer aux Etats membres l'adoption de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives (il s'agissait en l'espèce de lutter contre la pollution causée par les navires de façon intentionnelle ou par négligence grave). La Cour précise, cependant, que le législateur communautaire n'est pas compétent pour imposer aux Etats membres le type et le niveau des sanctions pénales à appliquer, cette compétence ne pouvant être exercée que sur la base du troisième pilier du Traité sur l'Union européenne. En d'autres mots, si le législateur communautaire est compétent pour imposer des sanctions pénales lorsque celles-ci sont indispensables pour assurer l'effectivité d'un acte de droit communautaire, il n'est pas compétent pour procéder à l'harmonisation de telles sanctions.

14

Discrimination fondée sur le sexe

Répondant à une question préjudicielle posée par un tribunal allemand, la Cour de justice estime qu'une réglementation qui a pour conséquence que les travailleurs à temps partiel sont moins bien rémunérés que les travailleurs à temps plein pour le même nombre d'heures de travail, viole le principe de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, posé par le Traité CE, si elle affecte un pourcentage considérablement plus élevé de travailleurs féminins que masculins et n'est pas objectivement justifiée³².

15

**Marque communautaire -
Risque de confusion**

Dans un arrêt du 13 décembre 2007³³, le Tribunal de première instance considère que l'enregistrement comme marque communautaire du signe verbal « pagesjaunes.com » pour des produits d'imprimerie, des périodiques et des annuaires, avait été refusée à bon droit par l'O.H.M.I. L'Office avait estimé qu'il existait un risque de confusion en France où « Pagesjaunes.com » serait perçu comme la version internet de l'annuaire papier « les pages jaunes », les produits en cause paraissant offerts par la même entreprise. Ce risque de confusion est bien présent, pour le Tribunal, compte tenu de l'identité des produits concernés et de la similitude des signes en conflit.

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

Paul NIHOUL
Professeur à l'Université de Louvain

(32) Arrêt de la C.J.C.E. du 6 décembre 2007, C-300/06, *Ursula Voss c. Land Berlin*.

(33) Arrêt du Tribunal de première instance du 13 décembre 2007, T-134/06, *Xentral LLC c. O.H.M.I.*

Le droit au silence, les investigations de l'administration fiscale et l'enquête pénale

LES FAITS de la cause tranchée par l'arrêt commenté (publié ci-après, p. 390) sont assez simples. Le demandeur en cassation reprochait à la cour d'appel de Liège d'avoir considéré que l'administration fiscale n'était pas obligée d'avertir les contribuables, dont elle attendait la collaboration, de l'existence d'une information pénale ouverte par le parquet à leur encontre. Il relevait qu'il n'avait pas été mis en mesure d'invoquer le bénéfice de son droit au silence lorsqu'il avait été entendu par les agents de l'inspection spéciale des impôts. Et d'en déduire la méconnaissance de son droit à un procès équitable et, partant, l'irrecevabilité des poursuites.

La cour d'appel avait jugé que l'audition puis la remise au ministère public, par les agents de l'inspection spéciale des impôts, de documents et de déclarations obtenus d'un contribuable alors que celui-ci était sous le coup d'une information pénale ouverte à son encontre, ce qu'il ignorait, au contraire des fonctionnaires du fisc, n'étaient pas contraires au droit à un procès équitable dès lors qu'aucune pression n'avait été exercée afin de l'amener à contribuer à sa propre incrimination¹. La cour avait estimé qu'interdire l'usage dans une procédure judiciaire de documents ou de déclarations obtenus dans le cadre d'un contrôle fiscal serait de nature à ruiner la possibilité de poursuivre en justice des faits frauduleux découverts à cette occasion. Les juges d'appel constatèrent également que les prévenus avaient été invités, au début de l'enquête pénale, à confirmer les déclarations qu'ils avaient faites aux agents de l'inspection spéciale des impôts et, le cas échéant, à les compléter ou les contester.

L'arrêt qui fait l'objet du présent commentaire ne livre pas la pensée de la Cour à la première lecture. Rendu en matière pénale, il soulève trois questions en rapport avec l'utilisation par la justice de documents ou de déclarations obtenus par l'administration fiscale à la faveur d'une législation sanctionnant d'une amende le défaut de collaboration du contribuable. Ces questions touchent à la prise en considération de ces renseignements à titre de dénonciation, de point de départ d'une enquête pénale et de preuve d'une infraction.

La preuve obtenue en violation du droit au silence est illégale

L'élément de preuve obtenu par un acte inconciliable avec les principes généraux du droit, et plus particulièrement avec le respect des droits de la défense, dont le droit au silence fait partie, est illégal². Le droit à un procès

équitable, garanti au prévenu par l'article 6, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, implique en outre que ce dernier, ainsi que le prévoit expressément l'article 14, alinéa 3, g, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ne peut être contraint de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable³. Les droits au silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne déploient toutefois leurs effets que dans le cadre de poursuites pénales⁴.

Il a été jugé qu'étaient obtenus en contravention au droit au silence les déclarations faites sous serment par une personne faisant l'objet d'une instruction judiciaire à des enquêteurs étrangers dans le cadre d'une commission rogatoire internationale⁵ ou encore les déclarations et la remise de documents à des agents des douanes françaises à la suite d'un avertissement selon lequel tous renseignements faux ou inexacts qu'ils donneraient sciemment dans le but de couvrir les agissements d'un tiers seraient susceptibles d'engager leur responsabilité pénale⁶.

En la présente affaire, la question se présentait toutefois sous un angle différent dans la mesure où les déclarations litigieuses avaient été faites dans le cadre d'une enquête fiscale et non pénale.

L'obtention par l'administration fiscale de déclarations et de documents à la faveur d'une législation sanctionnant d'une amende le défaut de collaboration n'est pas en soi illégale

La législation fiscale belge autorise l'administration à solliciter du contribuable la production de tout document et la fourniture de toute explication utile dans le cadre d'un contrôle fiscal. Le refus de collaboration est généralement sanctionné d'une amende.

L'obtention de ces renseignements au moyen de cette forme de contrainte est conforme à la législation interne. Elle l'est encore à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu en mai 2001 à la violation du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination lorsqu'un

(3) Cass., 11 mars 1992, en cause *Navez*, *Pas.*, 1992, I, 618 confirmé par : Cass., 13 février 2001, inédit, R.G. n° P.99.868.N.; Cass., 14 décembre 1999, *Pas.*, 1999, I, 1684; Cass., ch. réun., 16 février 1996, *Pas.*, 1996, I, 212; Cass., 6 mai 1993, *Pas.*, 1993, I, 452.

(4) C.E.D.H., décision sur la recevabilité *Rodriguez-Porto Perez c. Espagne* du 22 mars 2005 rendue à l'unanimité, n° 25069.

(5) Cass., ch. réun., 16 septembre 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1340.

(6) Cass., 13 janvier 1999, *Pas.*, 1999, I, 28, conclusions contraires de l'avocat général X. De Riemaeker, *R.D.P.C.*, 1999, p. 904.

(1) Liège, 2 mars 2006, inédit, n° 687/2006.

(2) Cass., 13 janvier 1999, *Pas.*, 1999, I, 28, conclusions contraires de l'avocat général X. De Riemaeker, *R.D.P.C.*, 1999, p. 904.