L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?

Sous la direction de Véronique Magnier Professeur à l'Université Paris Sud XI, Collection CEPRISCA





Sommaire

Avant-propos

Par Jacqueline Flauss-Diem, Professeur à l'Université de Picardie-Jules Verne, Directrice du CEPRISCA

Le droit commun du marché

Par Cyril Nourissat, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

L'entreprise : un nouveau sujet de droit ?

Par Sophie Schiller, Professeur à l'Université Lille 2, membre de l'Institut de Recherches de Droit des Affaires (IRDA) à l'Université Paris 13

Quel consommateur? Pour quel rôle?

Par Natacha Sauphanor-Brouillaud, Professeur à l'Université Paris 13, membre de l'Institut de Recherches de Droit des Affaires (IRDA)

Les salariés, nouveaux acteurs du droit des sociétés

Par Hélène Tissandier, Maître de conférences à l'Université Paris-Dauphine, membre de l'I²E et du CEPRISCA

Les droits des sociétés dans l'Union européenne : entre concurrence et équivalence

Par Véronique Magnier, Professeur à l'Université Paris Sud XI

Le droit comptable européen et les parties prenantes

Par Bernard Christophe, Professeur à l'Université de Picardie-Jules Verne, Directeur de l'IAE. membre du CRIISEA

Emergence d'un droit fiscal européen de l'entreprise, de ses actionnaires et de ses prêteurs

Par Jacques Malherbe, Professeur émérite de l'Université Catholique de Louvain, Avocat au Barreau de Bruxelles

Le droit communautaire des procédures d'insolvabilité : une relative réussite

Par François Mélin, Maître de conférences à l'Université de Picardie-Jules Verne, membre du CEPRISCA L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?

Le droit communautaire et l'entreprise : aspects de droit pénal Par Mikaël Benillouche, Maître de conférences à l'Université de Picardie-Jules Verne, membre du CEPRISCA

Vers une approche culturelle de l'euro-management

Par Jean-Jacques Pluchart, Professeur à l'Université de Picardie-Jules Verne, Responsable des masters de recherche d'économie et de gestion

Synthèse

Par Robert Kovar, Professeur émérite, ancien Président de l'Université Robert Schumann

Avant-propos

« L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ? », tel était le thème retenu lors d'une journée d'études organisée par le Master 2 Droit des affaires et le Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens, le 21 mars 2006. Cet ouvrage reprend pour l'essentiel les communications qui y furent présentées, enrichies de contributions de collègues de l'Université de Picardie-Jules Verne.

Ce rappel des origines n'est pas anodin car les deux coordinatrices vécurent les affres des chefs d'entreprise confrontés aux piquets de grève interdisant l'accès aux lieux de travail puisque ce 21 mars 2006 marquait à Amiens le début du mouvement « anti CPE » avec blocage de l'accès aux locaux ! Nous avons craint de voir tous nos efforts, et ceux de nos étudiants, réduits à néant mais grâce à une négociation avec le collectif étudiant nous sommes parvenues après un filtrage des entrants à ce que les débats se déroulent comme convenu. Ainsi se trouvait illustrée *in vivo* la première définition générale de l'entreprise selon le Petit Robert : la mise à exécution d'un dessein.

L'objet d'études de la journée répondait en réalité à la définition en économie du vocable du même ouvrage de référence : « organisation de production de biens ou services à caractère commercial ». L'une et l'autre perception de l'objet présentent une caractéristique commune : le mouvement, l'activité. Par essence même, l'entreprise est dynamique ; elle ne se conçoit pas sans dessein tendant à atteindre un objectif. Or précisément, le second objet d'études, le droit communautaire, partage cette même caractéristique : on ne cesse de parler de dynamique communautaire, que celle-ci soit emmenée par la Cour de Justice des Communautés ou par la Commission. La rencontre de ces deux mouvements est-il harmonieux, leur marche commune s'effectue-t-elle à la même cadence ? Et vers quel objectif ?

Si l'on en revient à l'histoire, le Traité de la Communauté économique européenne ne fut signé le 25 mars 1957 que comme un pis-aller pour parvenir à l'intégration politique après l'échec du traité de défense commune en 1954. Ce changement de stratégie allait faire de l'économie la voie royale pour parvenir à l'affaiblissement puis la disparition des Etats Nations au sein d'une communauté politique commune. A cet égard, la communication du Professeur Cyril Nourissat qui montre comment l'on est passé d'un « droit du marché commun à un droit commun du marché » paraît significative. La signature du traité de

Rome fut accueillie avec enthousiasme et elle s'inscrivait dans un contexte de reprise économique qui va faire que chacun va se sentir plein d'espoir pour atteindre une situation économiquement et humainement plus favorable. C'est pourquoi l'utilisation du terme « entreprise » participe de cette dynamique car, outre l'évitement de choisir entre les formes de sociétés de modèle rhénan ou français, que le Professeur Véronique Magnier reprend dans sa contribution sur la concurrence ou l'équivalence des droits des sociétés dans l'Union européenne, c'était aussi permettre aux activités individuelles de s'inscrire dans ce mouvement. Estil besoin de rappeler qu'en novembre 2006, la commission des affaires juridiques du Parlement européen a suggéré à la Commission de travailler à un statut de société privé européenne destiné aux PME et répondant au statut de la SE destiné aux grandes firmes à responsabilité limitée ?

L'évolution qu'a connu le concept d'entreprise figurant aux articles 85 §1 et 86 du Traité, avec une définition de plus en plus affinée mais non achevée, est retracée par le Professeur Sophie Schiller. Néanmoins, le point de départ était bien l'idée de lutter contre les grands cartels qui existaient avant la deuxième guerre mondiale et si le droit de l'entreprise s'est développé dans le cadre du droit de la concurrence ce fut pour contrecarrer les visées hégémoniques des grandes entreprises, et non comme aux Etats-Unis, pour parvenir à ce que le produit soit fourni au moindre coût au consommateur. Il faudra attendre que la vague du consumérisme atteigne les rivages européens pour que le consommateur, destinataire final de l'activité économique, soit pris en compte par le droit communautaire, et le Professeur Natacha Sauphanor de s'interroger sur ce que l'on entend par consommateur et quel rôle on veut lui attribuer. Enfin, si la liberté de circulation a pu faire apparaître assez vite les travailleurs dans l'espace européen, il a fallu attendre bien longtemps pour que le capital humain de l'entreprise se voit accorder quelque considération dans le droit de l'entreprise au niveau communautaire avec un effet de retour en droit national. Madame Hélène Tissandier montre en quoi les salariés sont de nouveaux acteurs du droit des sociétés. Ce jeu de « ping-pong » entre droit communautaire et droit national apparaît notamment en droit pénal où le transfert de souveraineté est sans doute le moindre. Entre « neutralisation » des incriminations nationales par effet du droit communautaire et pouvoir de sanction de la Commission en matière d'entente et d'abus de position dominante, le champ est vaste ainsi que le rappelle Monsieur Mikaël Benillouche.

Si l'on quitte la composante humaine de l'entreprise pour s'intéresser à sa composante « capitaliste », la dimension fiscale devient très importante, ainsi que l'établit plaisamment la contribution de notre collègue belge, le Professeur Jacques Malherbe. Elle est importante non

seulement pour l'entreprise toujours à la recherche de quelque paradis, mais en ce que la fiscalité participe effectivement à tendre vers un impôt européen, signe tangible d'intégration. Intégration d'autant mieux venue que désormais, il faut se développer dans un contexte de concurrence devenu mondial, aussi les entreprises européennes ontelles besoin de s'ouvrir sur d'autres cultures de « management» et de mettre en œuvre quelques stratégies ainsi que le démontre le Professeur Jean-Jacques Pluchart. Sans doute le phénomène de mondialisation est-il le plus net avec la réforme des normes comptables qui ne sont neutres ni juridiquement ni politiquement ainsi que cela ressort du rapport du Professeur Bernard Christophe. L'adoption d'un nouveau « référentiel » comptable semble marquer une rupture philosophique: c'est la reconnaissance du capitalisme financier dans l'entreprise qui entraîne un changement de la mentalité économique et sa rupture avec le droit commercial « humaniste », comme celui avancé par René Savatier¹. Les capitaines d'industrie cèdent la place aux investisseurs financiers, l'entreprise devient un instrument au service de la logique financière. Si la rentabilité n'est pas assurée, on se débarrasse de l'entreprise. Dans ce cas les salariés sont souvent malmenés tout comme les tiers créanciers. Pour tenter de remédier au sort de ces derniers, des dispositions ont vu le jour qui, comme souvent en matière d'unification, commencent par résoudre le problème en passant par l'étape intermédiaire du droit international privé avant d'aborder les règles de fond. Tel est bien le processus suivi en droit communautaire des procédures collectives, domaine traité par Monsieur François Mélin qui y voit une relative réussite.

Il est agréable de terminer sur cette note d'optimisme, certes relatif, car comme le dit le Professeur Philippe Le Tourneau, si une entreprise cesse d'être dynamique, « se contentant de rouler à la vitesse acquise, bientôt elle perdra pied et sera condamnée à disparaître »². En ces temps difficiles pour l'Europe, nul ne peut penser que tel pourrait être le sort de l'entreprise « Construction européenne » !

J. Flauss-Diem, Professeur à l'Université de Picardie-Jules Verne, Directrice du CEPRISCA

^{1 -} Pour reprendre les propos d'Arnaud Raynouard, Le droit comptable post-Enron, révolution comptable...ou solution contestable?, Revue de jurisprudence commerciale, 2006, p. 276, p. 280

^{2 -} Ph. Le Tourneau, Sur l'entreprise au risque de l'éthique, Revue de jurisprudence commerciale, 2004, p. 219.



LE DROIT COMMUN DU MARCHÉ¹

Cyril Nourissat Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

- « Je tiens que le futur traité dont vous parlez et que vous êtes chargés d'élaborer :
- a) n'a aucune chance d'être conclu;
- b) s'il est conclu, n'a aucune chance d'être ratifié;
- c) s'il est ratifié, n'a aucune chance d'être appliqué;
- S'il l'était, il serait d'ailleurs inacceptable pour la Grande-Bretagne ».

Ainsi s'exprimait, à en croire un observateur autorisé², le représentant britannique participant aux travaux préparatoires du traité de Rome sur la Communauté économique européenne au cours de l'année 1956. Sans se prononcer sur la clairvoyance toute relative de ce diplomate, l'affirmation ici évoquée nous aurait privé de la chance de nous retrouver aujourd'hui à Amiens. Perspective aussi regrettable que celle qui nous aurait privé de la participation de nos amis d'outre-manche à l'aventure communautaire, il faut le dire.

C'est donc avec à l'esprit le cinquantenaire de ce traité n'ayant aucune chance d'être conclu, ratifié et appliqué qu'il convient tout de même d'aborder un sujet aussi vaste que complexe : celui du droit commun du marché.

Un tel sujet intervenant dans une manifestation placée sous la figure de l'interrogation, il sera proposé de répondre à une question simple, en apparence seulement : comment sommes-nous passés d'un droit du marché commun à un droit commun du marché, si tant est que ce dernier existe véritablement ?

Ce glissement au sein de la phrase de l'adjectif « commun » paraît s'imposer en ce que depuis l'origine le marché européen est lui-même l'objet de glissement, d'évolution sémantique : au marché commun a succédé un marché unique et, aujourd'hui, un marché intérieur.

Et, sans insister à ce stade sur ce point, le rôle joué par la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après CJCE) dans ce glissement, dans cette évolution, est loin d'être négligeable. N'est-elle pas

^{1 -} Le style oral de l'intervention a été conservé.

^{2 -} J.-F. Deniau, Mémoires de 7 vies, Plon, 1994.

celle qui affirme dans un arrêt important que le marché commun vise « à l'élimination de toutes les entraves aux échanges intracommunautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possibles de celles d'un véritable marché intérieur »³. Où l'on retrouve, en une même définition, marché commun, marché unique et marché intérieur, gommant peutêtre ainsi les différences que d'aucuns ont pu tenter de caractériser⁴...

Ce glissement conduit-il alors à ce droit commun du marché tel qu'évoqué par les organisateurs du colloque ? On pourrait de prime abord en douter, notamment si l'on s'autorise de l'avis des auteurs de l'excellent *Droit du marché*⁵, véritable traité de plus de 1000 pages consacré à cette branche du droit encore mal connue ; des auteurs qui écrivent, dès les premières pages, que celui qui examine le droit du marché « peut être tenté d'estimer qu'il n'existe pas de droit unitaire du marché, mais seulement une diversité de droits spéciaux intéressant de nombreux marchés différents. Il constate, en effet, une juxtaposition de droits variés intéressant de nombreux marchés réglementés. Une telle diversité rendant improbable toute synthèse, il peut être conduit à penser que l'économie de marché n'a pas engendré un droit du marché qui aurait posé des principes généraux applicables à tous les marchés »⁶.

En d'autres termes et ramené à cette modeste contribution, l'enseignement apporté par ceux qui ont consacré de nombreuses années de recherches à ce droit du marché est terrifiant : la mission d'aborder, d'approcher le droit commun du marché serait une mission impossible !

De cette mise en garde, un aspect mérite d'être retenu. S'il est peu probable que l'on puisse bâtir un droit commun du marché, existe-t-il au moins un droit commun du marché commun qui, faut-il le rappeler, est né quelques temps après un marché du charbon et de l'acier – aujourd'hui défunt – et en même temps qu'un marché de l'énergie atomique; un marché commun qui, en son sein, accueille des marchés spéciaux comme le marché agricole ou le marché du transport ?

Il semble aujourd'hui, et après cinquante années d'une évolution chaotique, que peuvent tout de même être identifiées des tendances lourdes de nature à forger un véritable droit commun du marché commun

^{3 -} CJCE 5 mai 1982, Schul, 15/81, Rec. 1409.

^{4 -} Pour une analyse des termes, cf. C. Nourissat, Droit communautaire des affaires, 2° éd., Dalloz, 2005, spéc. n° 43 et s.

^{5 -} C. Lucas de Leyssac, G. Parléani, Droit du marché, PUF, 2002

^{6 -} *Ibid.* Et il est vrai que la littérature est riche qui consacre des ouvrages au droit du marché de l'art ou au droit du marché viti-vinicole ou encore au droit des marchés financiers

et de nature, aussi, à ramener – non sans éventuelles douleurs – vers le droit commun les droits spéciaux mis en œuvre dans le cadre et au service de certains des marchés particuliers précédemment évoqués. C'est ici devoir signaler, à titre d'exemple, que le nouveau règlement du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité⁷ a conduit à la disparition des règles de procédure spécifiques prévues jusque-là par les trois « règlements transports » précédents et donc, désormais, à soumettre ce secteur au droit commun.

Si l'on retient que le droit du marché est le droit de l'économie de marché, si l'on retient que, dans la perspective du traité communautaire, l'objectif final est « de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques »⁸ au moyen d'« un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux »⁹ tout en veillant au « respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre »¹⁰, se dessine alors la grille de lecture à même de nous permettre de mieux percevoir comment apparaît progressivement ce droit commun du marché intérieur.

Ces objectifs, à moyen et long terme, ces principes sont autant de clefs de nature à expliquer certaines mutations d'ampleur qui contribuent à l'émergence de ce droit commun.

C'est ainsi que le droit communautaire est avant tout un instrument juridique au service d'un objectif économique : l'instauration d'un grand marché, fidèle en cela aux théories économiques qui ont inspiré les pères fondateurs du traité. Cette double nature explique et justifie beaucoup de choix, par exemple, de politique jurisprudentielle. L'un des plus importants réside dans la consécration d'une méthode d'interprétation particulière : l'interprétation téléologique. On ne comprend guère les arrêts de la CJCE sans avoir à l'esprit que la Cour a, comme toutes les autres institutions de la Communauté, reçu pour mission « la réalisation des tâches confiées à la Communauté » et qu'elle a su et sait s'acquitter de cette tâche.

^{7 -} JOCE L 1, 4 janvier 2003.

^{8 -} Art. 2 CE.

^{9 -} Art. 3 CE.

^{10 -} Art. 4 CE.

^{11 -} Art. 7 CE.

D'aucuns ont alors fort justement insisté sur le dynamisme de la jurisprudence communautaire dont les expressions sont perceptibles au travers de certains arrêts très audacieux qui ont indiscutablement contribué à l'édification du marché intérieur, à l'élaboration d'un droit commun du marché. Lorsque la CJCE donne un sens aux dispositions du traité CE, lorsqu'elle élabore certains principes généraux du droit communautaire, c'est toujours avec à l'esprit l'objectif d'intégration des marchés nationaux en un marché intérieur. Il ne faut jamais l'oublier ni n'en mésestimer la portée.

Deux axes forts méritent alors attention.

D'une part, les quatre libertés de circulation initiales (marchandises, personnes, services et capitaux) ont vu leurs différences se gommer au profit d'un régime dont il est possible d'estimer qu'il est désormais unitaire, commun. Un régime qui repose sur le principe de reconnaissance mutuelle. C'est là avant tout l'œuvre de la CJCE, même si, depuis, le « législateur » communautaire s'en est fortement inspiré non sans un bonheur assez inégal¹².

D'autre part, la libre circulation et la libre concurrence ont vu leur portée respective fondamentalement modifiée selon une proposition qui a su s'évader de la lettre pour s'autoriser de l'esprit du traité : celle de l'égalité de traitement. Et c'est là, à nouveau et avant tout l'œuvre de la CJCE à laquelle, de manière certes limitée, la Commission se réfère la CDEUX axes qui dessinent alors le visage possible de ce droit commun du marché reposant sur l'affirmation du nécessaire respect du « principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre ». Reconnaissance mutuelle (section I) et égalité de traitement (section II) sont dès lors et probablement les deux principes généraux emblématiques du droit commun du marché, car « applicables à tous les marchés » 14.

Section I - La reconnaissance mutuelle

Dès l'origine, le traité CEE envisage quatre libertés de circulation. D'après le texte du traité, permettre la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux suppose deux actions différentes mais complémentaires de la part de la Communauté. En premier lieu, il convient de démanteler les barrières étatiques de toute nature

^{12 -} Cf. en ce sens la version initiale de la Proposition de directive « services dans le Marché intérieur », COM (2004) 2 final, 13 janv. 2004. Notons que dans la version modifiée l'expression a disparu, en ce sens, COM (2006) 160 final, 4 avr. 2006, cf. depuis, Dir. 2006/123/CE du 12 décembre 2006, JOUE L 376 27 déc. 2006.

^{13 -} Cf. en ce sens, le Rapport sur la politique de concurrence 2005, SEC (2006) 761 final, 15 juin 2006, spéc. pt. 133.

^{14 -} Cf. note 6.

qui peuvent entraver la libre circulation. En second lieu, il est nécessaire d'adopter des mesures favorisant le rapprochement des législations nationales dans une optique, là encore, de libre circulation.

Sans retracer ici le chemin parcouru, chacune de ces libertés a connu des évolutions propres qui ont conduit à l'ultime étape qui a été la libération de la circulation des capitaux à la fin des années 80. Mais avec le Livre blanc présenté par la Commission européenne en 1985, l'institution invite à « une distinction claire qui devra être faite, dans les initiatives qui sont prises à l'égard du marché intérieur, entre les aspects qu'il est essentiel d'harmoniser et ceux qui peuvent faire l'objet d'une reconnaissance mutuelle des règles et normes nationales ». Or c'est précisément cette reconnaissance mutuelle qui apparaît comme le trait commun, le droit commun.

Le principe de reconnaissance mutuelle - on parle aussi, depuis, de confiance mutuelle¹⁵ - procède de l'amplification d'une solution jurisprudentielle dégagée dans l'un des arrêts fondamentaux rendu dans le domaine de la libre circulation des marchandises. C'est l'affaire dite du « Cassis de Dijon »¹⁶. À l'occasion de cet arrêt, la CJCE énonce qu'en l'absence de réglementation commune (c'est-à-dire d'harmonisation ou de coordination), les Etats membres gardent la compétence de régler sur leur territoire tout ce qui concerne la production et la commercialisation des marchandises (ici des boissons alcoolisées) mais que ces marchandises, dès lors qu'elles sont légalement produites et commercialisées dans l'un des Etats membres, doivent pouvoir être introduites dans tout autre État membre. Naturellement, l'arrêt assortit cette liberté de principe d'exceptions tenant, par exemple, à la loyauté des transactions commerciales ou à la protection des intérêts du consommateur. Mais il pose donc avant tout un principe : celui de la reconnaissance mutuelle comme expression de la confiance mutuelle. L'Etat d'importation des marchandises doit considérer comme suffisantes les garanties que respecte le produit dans le pays où il a été fabriqué et ce, en l'absence même de toute harmonisation ou normalisation technique. A aussi été utilisée une expression qui, depuis, a fait fortune et dont le sens n'a pas toujours été bien compris : le principe du pays d'origine¹⁷.

Cette reconnaissance mutuelle comme base de la libre circulation des marchandises a été reprise pour les opérateurs économiques que ce

^{15 -} Signalons que depuis cette intervention, la Cour de cassation elle-même a pu se référer à ce principe de « confiance mutuelle » dans le contexte particulier des procédures d'insolvabilité communautaires ; Cass. com. 27 juin 2006, n° 923 FS-P+B+R+I.

^{16 -} CJCE 20 fév. 1979, Rewe Zentral, 120/78, Rec. 649.

^{17 -} Pour un essai de « recadrage » de la notion, cf. V. Heuzé, De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou anti-droit européen, *in* Mélanges P. Lagarde, Dalloz, 2005, p. 393 et s.

soit en matière d'établissement ou de prestation des services. De même qu'un Etat membre ne saurait restreindre l'accès à son marché d'une marchandise légalement fabriquée et commercialisée dans un autre État membre, il ne saurait, non plus, restreindre, entraver, sans motif valable la fourniture d'un service sur son territoire par un prestataire qui exerce légalement son activité dans l'Etat membre de son établissement d'origine. Ainsi, la CJCE a pu considérer il y a déjà quinze ans qu'en matière de prestation de services, la reconnaissance mutuelle emportait « la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou à gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services analogues »18. La solution a été étendue au droit établissement par un arrêt Ramrath : « la libre circulation des personnes, en tant que principe fondamental du traité, ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par l'intérêt général et s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant lesdites activités sur le territoire de l'État en question, dans la mesure où cet intérêt n'est pas déjà sauvegardé par des règles auxquelles le ressortissant communautaire est soumis dans l'État membre où il est établi »19.

Depuis, la formule a été affinée et vaut donc, désormais, pour l'une quelconque des quatre libertés au-delà d'une terminologie fluctuante des exceptions – exigences impératives dans le cadre de la libre circulation des marchandises, raisons impérieuses d'intérêt général dans le cadre de la libre circulation des opérateurs économiques – : quelle que soit la liberté de circulation concernée, une mesure nationale n'est pas susceptible de porter atteinte à la libre circulation que pour autant qu'elle n'est pas discriminatoire en fonction de la nationalité, qu'elle est justifiée par une exigence impérative ou une raison impérieuse d'intérêt général et qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre ; en d'autres termes, qu'elle satisfasse à ce que d'aucuns ont pu appeler un « test de proportionnalité ». La méthode est donc commune. Le régime des quatre libertés est donc commun²o et contribue à l'affirmation de ce droit commun du marché.

Il serait alors loisible de multiplier les exemples illustrant la portée générale du principe jurisprudentielle de reconnaissance mutuelle.

^{18 -} CJCE 25 juill. 1991, Säger, C-76/90, Rec. I-4221.

^{19 -} CJCE 20 mai 1992, Ramrath, C-106/91, Rec. I-3351.

^{20 -} Pour être exact, paraît subsister une petite différence qui tient à la caractérisation ou non au préalable d'une situation intracommunautaire. Alors qu'en matière de libre circulation des marchandises cette exigence semble abandonnée, elle paraît demeurer dans le cas de la libre circulation des opérateurs économiques. Mais la jurisprudence est très subtile si ce n'est, parfois, incompréhensible! Sur cette question, cf. C. Nourissat, op. cit., spéc. n° 168.

Ainsi a-t-il permis de pallier l'absence d'entrée en application de la Convention de Bruxelles du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés au travers d'arrêts retentissants, comme l'arrêt Centros²¹ du 9 mars 1999, qui en ont dessiné – sous réserve de la fraude et/ou de l'abus de droit – toutes les virtualités. Mais c'est aussi ce principe de reconnaissance mutuelle qui vient « perturber » les mécanismes traditionnels de la règle de conflit de lois en obligeant, par exemple, à passer au « tamis » de la proportionnalité la mise en œuvre des lois de police comme en témoigne l'arrêt Arblade²².

Toujours est-il que l'on détient ici la première clef par laquelle s'ouvre ou se ferme la porte des marchés nationaux pour les opérateurs économiques! La seconde clef que ces derniers devront obtenir elle celle de l'égalité de traitement.vront obtenir elle celle de l'égalité de traitement.

Section II - Egalité de traitement

Comme a pu l'écrire un observateur particulièrement autorisé de la construction communautaire, « l'égalité de traitement vaut comme principe général de droit communautaire dont le contenu est unique à travers toutes ses applications, malgré des apparences multiples »²³.

Il convient de rappeler que le traité CE édicte une série d'obligations de faire ou de ne pas faire à la charge des Etats, mais aussi des opérateurs économiques, dont l'objet a toujours été l'instauration d'un marché commun désormais intérieur. Les Etats membres ont ainsi dû progressivement faire disparaître les entraves de nature tarifaire et quantitative. Les Etats membres ont aussi dû progressivement harmoniser les règles techniques et s'attacher à la réalisation de politique commune, comme la politique de la concurrence. Les opérateurs économiques, les entreprises, ont aussi dû s'abstenir de comportements de nature à fausser le jeu de l'offre et de la demande sur le marché, comportements découlant d'ententes ou traduisant des abus de position dominante, notamment.

De manière assez nette, il a donc longtemps été possible de distinguer les règles dont les destinataires étaient les États (prohibition des entraves à la libre circulation) des règles dont les destinataires étaient les entreprises (prohibition des comportements anticoncurrentiels). Mais la distinction s'est progressivement estompée.

^{21 -} CJCE 9 mars 1999, Centros Ltd, C-212/97, Rec. I-1459.

^{22 -} CJCE 23 nov. 1999, Arblade, C-369/96 et C-376/96, Rec. I-8453.

^{23 -} K. Leanerts, L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples, Cah. dr. eur. 1991. 3.

En ce sens, il a été admis que les entraves à la libre circulation pouvaient être le fait des entreprises et il a été décidé que les Etats pouvaient être justiciables des pratiques anticoncurrentielles.

De manière évidente, et suivant en cela la lettre du traité, la Communauté s'est attachée aux comportements des États membres susceptibles de fausser le jeu de la concurrence sur le marché intérieur. Est naturellement visée ici l'interdiction des aides d'État, énoncée aux articles 87 et suivants du traité CE, qu'elle s'exprime à l'égard des entreprises publiques ou des entreprises privées. Mais sont aussi désormais concernées les règles nationales qui favorisent et maintiennent les ententes entre entreprises susceptibles d'engendrer des distorsions de concurrence. Ainsi, la CJCE a-t-elle considéré qu'un État membre violait ses obligations communautaires en édictant une législation qui permet à une association de droit privé d'entreprises d'adopter un barème de prix pour leurs prestations²⁴.

Une observation s'impose qui démontre combien cette dernière proposition est au cœur de débats actuels dont le terme ne se laisse pas aisément saisir. La solution précédemment évoquée résulte de la combinaison audacieuse des articles 10 et 81 du traité CE. Rappelons que l'article 10 CE prévoît que « les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté », qu' « ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission » et qu' « ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité ». Cette combinaison est en pleine expansion en ce qu'elle est de plus en plus fréquemment portée devant la juridiction communautaire, que ce soit par le biais de recours en constatation de manquement ou de renvoi préjudiciel.

D'un côté, il convient de relever que pour la Commission européenne, parfois pour le Tribunal de première instance des Communautés européennes, l'intervention ou l'abstention de l'Etat en présence d'une entente ou d'un abus de position dominante s'analyse comme un facteur aggravant. Ainsi en est-il, par exemple, de la décision remarquée concernant les syndicats agricoles français dans l'affaire dite des « viandes bovines françaises » en date du 2 avril 2003²⁵.

D'un autre côté, il convient de signaler que la CJCE, du moins l'avocat général Poiares Maduro à l'occasion de l'examen récent d'une affaire délicate concernant le tarif professionnel des avocats italiens, semble

^{24 -} Cf. par ex. CJCE 18 juin 1998, Commission c/Italie, C-35/96, Rec. I-3886.

^{25 -} Déc. 03/600, 2 avr. 2003, JOUE L 209, 19 août 2003, spéc. pts. 150 à 156 de la déc.

vouloir admettre - dans la ligne d'ailleurs de l'article L. 420-4-I-1° du Code de commerce²⁶ - que « la mesure examinée ne constituerait pas une violation des articles 10 CE et 81 CE premièrement si son adoption est justifiée par la poursuite d'un intérêt public légitime et deuxièmement si les Etats membres supervisent activement l'intervention d'acteurs privés dans le processus décisionnel »²⁷. Où l'on comprend que le principe est bien la soumission de l'Etat aux exigences des articles 81 et 82 CE et que l'exception tiendra uniquement au degré de « supervision » qu'il exerce...

De manière encore plus diffuse, et selon une logique non inscrite dans le traité, la Communauté s'est attaquée aux entraves à la libre circulation procédant des opérateurs privés. C'est ainsi que des règles professionnelles émanant d'organisations privées ont pu être qualifiées d'entraves à l'accès au marché et, dès lors, vues comme devant être éradiquées. Dans un de ses plus célèbres arrêts, en tout cas l'un des plus médiatiques, la CJCE a justifié l'application des dispositions prohibant les entraves à la libre circulation aux réglementations issues des entités privées en retenant que « l'autonomie dont disposent des associations privées pour adopter des réglementations (...) [ne peut avoir pour effet] de limiter l'exercice des droits conférés par le traité aux particuliers »²⁸.

Cette interprétation de la portée des règles de libre circulation et de libre concurrence qui méconnaît, indiscutablement, la lettre du traité CE, ce « délayage » des articles du traité sous la plume conjointe de la Commission et de la CJCE ne trouvent d'autre justification que dans la volonté d'aboutir à l'achèvement du marché intérieur. Dès lors, peu importe - pour ces institutions - que les distorsions de concurrence soient le fait des États membres et non des entreprises ou que les entraves à la libre circulation soient le fait des entreprises et non des États membres! L'essentiel paraît bien – toujours pour ces institutions – que l'égalité de traitement des opérateurs économiques soit assurée dans le marché intérieur.

Constatons, pour terminer, que l'unité n'est cependant pas encore totalement de mise aujourd'hui, ne serait-ce que parce que le régime de l'éventuelle justification des entraves à la libre circulation et à la libre concurrence n'est pas commun. Les justifications tirées des « raisons impérieuses d'intérêt général » ne sont pas encore officiellement

^{26 -} Art. L. 420-4 I C. com. : « Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques : 1º Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ». 27 - Pt. 34 des conclusions de l'avocat général Poiares Maduro présentées le 1er fev. 2006 dans les affaires C-

^{94/04} et C-202/04, Cipolla et Macrino, cf. depuis, l'arrêt rendu le 5 décembre 2006, confirmant cette analyse.

^{28 -} CJCE 15 déc. 1995, Bosman, C-415/93, Rec. I-4921.

L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?

accueillies au titre de l'article 81 § 3 et, encore moins, dans la sphère de l'article 82. Mais relevons que les indices d'une probable évolution existent, qu'ils soient d'origine jurisprudentielle – on pense à l'important arrêt Wouters² –, qu'ils soient d'origine textuelle – on pense au récent document de réflexion publié par la Commission en décembre 2005³ –. Cette perspective milite alors pour qu'un nouveau rendez-vous soit d'ores et déjà fixé et l'on pourra peut-être, alors, suggérer aux organisateurs de ce colloque d'abandonner le point d'interrogation !

^{29 -} CJCE 19 fév. 2002, Wouters, C-309/99, Rec. I-1577.

 $³⁰⁻DG\ Competition\ discussion\ paper\ on\ the\ application\ of\ Article\ 82\ of\ the\ Treaty\ to\ exclusionary\ abuses,\ disponible\ sur\ http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf$

L'ENTREPRISE: UN NOUVEAU SUJET DE DROIT?

Sophie Schiller

Professeur à l'Université Lille 2 Membre de l'Institut de Recherches de Droit des Affaires (IRDA) à l'Université Paris 13

Se demander si l'entreprise est un nouveau sujet de droit est une question doublement étonnante pour un juriste français. En effet, il est certain que, dans notre droit, l'entreprise n'est ni une notion nouvelle ni un sujet de droit. Même si nous nous plaçons il y a cinquante ans, lors des débuts de cette construction européenne dont nous célébrons l'anniversaire, la notion d'entreprise était largement connue par le droit français qui l'utilisait depuis fort longtemps. Dès 1807, le Code de commerce, dans son article 632 relatif aux actes de commerce citait les « entreprises de manufacture, de commission, de transport » et les articles 8 et 9 exposaient les contraintes comptables en employant à plusieurs reprises le terme « entreprise »¹. Le Code civil utilisait également le terme entreprise dans l'article 832 pour tenter d'assurer à l'héritier qui participait à l'exploitation, avant le décès de l'entrepreneur, le maintien de ses conditions de travail. Au-delà de ces utilisations marginales, d'autres matières faisaient de l'entreprise une notion clef², comme le droit du travail qui dès 1928 veillait au maintien des droits des travailleurs en cas de modification de la forme juridique de l'entreprise. En 1951, le doyen Ripert, dans son ouvrage « Aspects juridiques du capitalisme moderne », expliquait que cette notion était alors utilisée par le droit de la faillite, par la réglementation du fonds de commerce, par le droit du travail, par le droit des assurances et par le droit des successions³. L'entreprise n'est donc pas vraiment pas une notion nouvelle en droit français. Elle n'est pas non plus un sujet de droit. Les différentes branches du droit français tirent des conséquences juridiques de l'existence d'une entreprise, mais notre droit a toujours refusé de lui reconnaître la qualité de sujet de droit, entendu dans le sens « titulaire de droits ». Le thème de cette étude, qui n'a pas de sens en droit français, est-il plus pertinent en droit européen?

Dès son origine, le droit européen s'est intéressé davantage à l'entreprise, en tant qu'entité économique, qu'à la société, en tant qu'entité

^{1 -} Pour réglementer « l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son *entre-prise* », art. L. 123-12 et L. 123-13 du Code de commerce actuel.

^{2 - «} Le droit du travail fait de l'entreprise une notion clef », N. Catala, L'entreprise, Traité de droit du travail, t. IV, Dalloz, 1980, n° 130.

³ - G. Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne, $2^{\text{ème}}$ éd., 1951, LGDJ, n° 122 et s., p. 271 et s.

juridique. Déjà, en 1952, le traité CECA⁴ désignait les entreprises comme destinataires de ses règles et les traités ultérieurs ont continué à faire une utilisation intensive de cette notion. Cependant, il n'est pas certain que les fondateurs de l'Europe aient voulu conférer à l'entreprise la qualité de sujet de droit communautaire. L'emploi fréquent du terme entreprise peut s'expliquer par de simples raisons de commodité. En effet, ce terme était neutre pour les droits nationaux, neutre précisément par son absence de signification juridique précise dans les différents pays. Son utilisation était donc commode, car elle permettait de recouvrir des entités diverses et variables selon les Etats. En conséquence, le fait que l'entreprise soit destinataire des normes juridiques européennes ne signifie pas nécessairement qu'elle doive être qualifiée de sujet de droit communautaire. L'entreprise ne devra être reconnue comme un nouveau sujet de droit que si cette notion a un contenu juridique suffisamment original⁵. Or, le contenu de cette notion n'est pas précisé par des textes, l'entreprise n'étant définie par aucune norme européenne⁶. La jurisprudence a fait oeuvre créatrice, mais les définitions varient suivant la juridiction sollicitée (la Commission, le TPICE ou la CJCE)7 et la matière concernée (droit social, droit de la concurrence...).

La notion d'entreprise est donc protéiforme et ne répond à aucune définition précise. Néanmoins, deux éléments font l'objet d'une jurisprudence consolidée depuis la fin des années 1980. D'une part, doivent être qualifiées d'entreprise « toutes les entités exerçant une activité économique, indépendamment de leur statut juridique et de leur mode de financement », selon la célèbre formule de l'arrêt Höfner⁸. D'autre part, est économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné⁹. Au-delà de ces éléments très généraux, la jurisprudence européenne a posé des critères négatifs puis des critères positifs, afin de mieux cerner la notion d'entreprise. Nous exposerons successivement ces deux types de critères de qualification, négatifs (section I) puis positifs (section II), en recherchant s'ils sont suffisamment précis pour que l'entreprise soit considérée comme un concept ayant un contenu orignal et puisse ainsi être qualifiée de sujet de droit.

^{4 -} Le traité CECA s'applique aux « entreprises (...) qui exercent une activité de production dans le domaine du charbon et de l'acier... ».

^{5 -} S. Poillot-Peruzzetto, M. Lubry, Le droit communautaire appliqué à l'entreprise, Dalloz 1998, n° 111, p. 25.

^{6 -} S. Hennion-Moreau, La notion d'entreprise en droit social communautaire, Dr. soc. 2001, p. 957 et s., spéc. p. 963.

^{7 -} C. Nourissat, Droit communautaire des affaires, 2ème éd., 2005, n° 273, p. 209.

^{8 -} CJCE 23 avr. 1991, Höfner, aff. C-41/90, Rec. p. I-1979.

^{9 -} Arrêt du 16 juin 1987, Commission/Italie, aff. C-118/85, Rec. p. I-2599, point 7, arrêt du 18 juin 1998, Commission/Italie, aff. C-35/96, Rec. p. I-3851, point 36...

Section I - Critères négatifs de définition de l'entreprise

Les critères de définition de l'entreprise en droit européen sont pour l'essentiel négatifs. Cela s'explique par une volonté d'application extensive des règles. Dans ce but, le destinataire de la norme, c'est-à-dire l'entreprise, doit être défini le plus largement possible, en posant des critères négatifs qui permettront de s'affranchir des classifications traditionnelles. Notre droit comprend beaucoup de classifications et de catégories. Nous allons voir que le droit européen s'est émancipé non seulement des critères formels qui auraient pu caractériser la notion d'entreprise (§ 1), mais qu'il s'est également émancipé des critères fonctionnels (§ 2).

§ 1 : Rejet de la conception formelle de la notion d'entreprise par le droit européen

En droit français, de nombreuses classifications reposent sur des critères formels. Tout système juridique fonctionne à partir de personnes. Pour accroître l'efficacité du système, la puissance normative a admis l'existence des personnes morales et notre droit positif a déterminé leurs critères de reconnaissance. Ainsi, notre droit a posé une sorte de *summa divisio* entre titulaires et non titulaires de la personnalité juridique. Audelà de cette distinction, les personnes ont fait l'objet de classifications, suivant leur but lucratif ou non lucratif, leur caractère public ou privé, civil ou commercial. Le rattachement à chacune de ces catégories suppose l'accomplissement de solennités. Le droit européen s'est totalement écarté de cette démarche et de ces classifications formelles. Il a refusé de définir l'entreprise par référence à ces catégories préexistantes et il a posé plusieurs critères négatifs pour affirmer son indifférence envers ces classifications

Selon un premier critère négatif, une entité sera qualifiée d'entreprise par le droit européen indépendamment de la reconnaissance de sa personnalité juridique préexistante. L'autonomie des deux notions est totale : d'une part, la qualité d'entreprise sera reconnue à des entités qui ne sont pas titulaires de la personnalité juridique et, d'autre part, elle sera refusée à des entités qui sont titulaires de la personnalité juridique.

Depuis la création de l'Europe, la qualité d'entreprise est reconnue à des entités qui n'ont pas la personnalité juridique. Les organes européens ont toujours distingué entre l'entreprise, notion économique, objet des règles du traité, selon l'expression utilisée par la Commission, et l'entité, dotée de la personnalité juridique, destinataire de la décision et redevable de l'éventuelle amende. Le droit des groupes est une parfaite application de cette position. En fonction des circonstances, souligne la Commission, il peut être opportun de considérer comme entreprise en cause, soit l'en-

semble d'un groupe, soit seulement certains sous-groupes, soit seulement certaines filiales au sein du groupe. Or, seules les filiales ont la personnalité juridique. Les groupes ou les sous-groupes pourront donc être poursuivis sans avoir la personnalité juridique¹⁰. En droit européen, d'autres entités dénuées de la personnalité juridique sont également qualifiées d'entreprise, comme des sous-parties non autonomes de personnes juridiques. Ainsi, au sein d'Aéroport de Paris, l'activité de mise à disposition des infrastructures a été isolée des autres activités et la Cour a considéré qu'à elle seule, elle constituait une entreprise¹¹. Une entreprise peut alors n'être qu'une partie d'un sujet de droit, cette sous-partie étant, comme dans le cas des groupes et des sous-groupes, dépourvue de personnalité juridique¹².

Inversement, le droit européen refuse de qualifier d'entreprise des entités titulaires de la personnalité juridique. Ainsi, la Cour a affirmé en 1999, dans un arrêt Becu que les salariés ne sont pas des entreprises, reprenant une solution antérieurement dégagée par la doctrine¹³. Par ailleurs, la Commission¹⁴ ainsi que la Cour¹⁵ ont refusé de qualifier d'entreprise certaines sociétés dotées d'une personnalité morale autonome, au motif qu'elles étaient filiales d'une société mère. Dans le célèbre arrêt Continental Can du 21 février 1973, la Cour a précisé que « la circonstance que la filiale a une personnalité juridique distincte ne suffit pas pour écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère »16. Les juridictions européennes posent même une présomption d'absence de personnalité juridique des filiales à 100%. Elles refusent également de qualifier d'entreprise un mandataire lié à un mandant par un contrat d'agence¹⁷. Selon le tribunal, bien qu'ils aient une personnalité juridique distincte, le mandant forme avec son agent une seule et même entreprise¹⁸.

^{10 -} Déc. 21 oct. 1998, Conduites précalorifugées, RTD eur. 2000, avr.-juin, p. 341, obs. J.B. Blaise et L. Idot.

^{11 -} Qualification par la commission, puis le tribunal, puis la Cour, CJCE 24 oct. 2002, Contrats, conc., consom. janv. 2003, comm. n° 11, p. 16, RTD com. 2003, n° 2, p. 392, Revue de droit de l'union européenne, 2002, n° 4, p. 857.

^{12 -} Démarche identique pour ne reconnaître la qualification d'entreprise qu'à des entités gérant le système de santé espagnol que ponctuellement lorsqu' ils fournissent des services payant à des personnes non affiliées, tels des touristes étrangers. TPICE 4 mars 2003, aff. T-319/99, Fenin, JCP éd. E, 2004, suppl. cahier du droit de l'entreprise, n° 1, p 54, note S. Destours.

¹³⁻CJCE 16 sept. 1999, Becu, aff. C-22/98, Rec. p. I-5665, RTD eur. 2000, avr.-juin, p. 335, obs. J.B. Blaise et L. Idot. Solution confirmée par CJCE 21 sept. 2000, aff. C-222/98, Rec. p. I-7111, Contrats, conc., consom. déc. 2000, comm. n° 180, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

^{14 -} Comm. CE 30 juin 1970, Kodak, JOCE nº L147 du 7 juill. 1970.

^{15 -} CJCE 25 nov. 1971, Béliguelin Import, aff. C-22/71, Rec. p. I-949.

^{16 -} CJCE 21 fév. 1973, Europemballage et Continental Can, aff. C-6/72, Rec. p. I-215.

^{17 -} Pour une application récente de cette jurisprudence, V. TPICE 15 sept. 2005, Daimler Chrysler, aff. T-325/01, Europe nov. 2005, comm. n° 391, note L. Idot.

^{18 -} TPICE 11 déc. 2003, Europe fév. 2004, comm. nº 52, note L. Idot.

En droit européen, la notion d'entreprise est ainsi totalement indépendante de la personnalité juridique. Des personnes juridiques distinctes se voient refuser la qualification d'entreprise, alors que cette qualification est reconnue à des entités ne constituant pas des personnalités juridiques autonomes. En application de critères négatifs supplémentaires, la notion d'entreprise est tout aussi indifférente aux autres classifications que le droit français utilise fréquemment pour déterminer le régime applicable à chaque entité. Pourront être qualifiées d'entreprises des entités à caractère lucratif ou non lucratif, civiles ou commerciales, publiques ou privées.

En premier lieu, la qualification d'entreprise en droit européen ne prend pas en compte le caractère lucratif ou non lucratif de l'activité exercée. Dans une décision de 1995, la CJCE a qualifié d'entreprise un organisme gestionnaire d'un régime de retraite complémentaire¹⁹, en soulignant que cette qualification n'était pas subordonnée à la poursuite d'un but lucratif. Cette solution a été maintes fois répétée depuis dans des secteurs très divers, qu'ils soient artistiques, culturels, agricoles, sportifs... Ainsi, l'UEFA, les associations nationales et les clubs de football membres ont été qualifiés d'entreprises, indépendamment du but lucratif ou non lucratif poursuivi par ces entités²⁰.

En deuxième lieu, est également indifférente la nature civile ou commerciale de l'activité. Le droit français a longtemps veillé scrupuleusement au respect de cette distinction, refusant avec obstination que les professions libérales civiles puissent céder leur clientèle. Inversement, le droit européen a qualifié d'entreprise des chanteurs d'opéra, des inventeurs, ainsi que les avocats²¹, les expéditeurs en douanes²², les médecins libéraux²³, les architectes²⁴ et les mandataires agréés auprès de l'Office européen des brevets²⁵. Pour le droit français, ces activités sont civiles. Les juridictions européennes ont considéré qu'elles étaient économiques, bien qu'elles soient « fournies sur une base personnelle et directe »²⁶, selon une expression de la Commission,

^{19 -} CJCE 16 nov. 1995, FFSA, aff. C-244/94, Rec. I-4013.

²⁰ - Dec. nº 2001/478/CE de la commission du 19 avr. 2001, Règles de radio diffusion de l'UEFA, aff. 37/576, JOCE nº L171 du 26 juin 2001.

^{21 -} CJCE 19 fév. 2002, aff. C-309/99, Rec. p. I-1577, L. Idot, Avocats et droit de la concurrence, la rencontre a eu lieu..., Europe mai 2002, chron. p. 6, Contrats, conc., consom. avr. 2002, comm. nº 64, obs. S. Peruzzetto.

^{22 -} TPICE 30 mars 2000, CNSD, aff. T-513/93, Rec. p. II-1807, Europe mai 2000, comm. n° 145, Contrats, conc., consom. aout-sept. 2000, comm. n° 231, obs. S. Peruzzetto.

²³ - CJCE 12 sept. 2000, Pavlov, aff. C-180/98 à C-184/98, Rec. p. I-6451, Europe nov. 2000, comm. n° 355, Contrats, conc., consom déc. 2000, comm. n° 180, obs. S. Poillot-Peruzzetto, RTD eur. 2002, janv.-mars, p. 105, obs. J.B. Blaise et L. Idot.

^{24 -} CJCE 29 nov. 2001, Giuseppe Conte, aff. C-221/99, Contrats, conc., consom fév. 2002, comm. n° 33, obs. S. Peruzzetto.

^{25 -} Déc. 7 avr. 1999, Code de conduite de l'IMA, JOCE n° L106 du 23 avr. 1999, RTD eur. 2000, avr.-juin, p. 341, obs. J.B. Blaise et L. Idot.

^{26 -} Déc. 7 avr. 1999, Code de conduite de l'IMA, préc.

et bien que certaines soient exercées dans le cadre d'une profession libérale et même parfois dans le cadre d'une profession libérale réglementée. Le droit européen a également qualifié d'entreprise les entités du secteur de l'agriculture, alors que ce domaine est soumis par le droit français au droit civil²⁷.

Enfin, en troisième lieu, la qualification d'entreprise est indifférente au caractère public ou privé de l'opérateur. Cette solution a été posée par les textes qui prévoient souvent d'appliquer un régime identique aux entreprises publiques et privées² et elle a été confirmée par les décisions jurisprudentielles qui ont eu à déterminer si telle ou telle structure devait être qualifiée d'entreprise. Elle est acceptée de longue date par la plupart des pays². C'est la France qui a opposé la résistance la plus vive à cette solution, illustrée récemment par l'affaire Aéroport de Paris. Sur cette question, la décision de la Commission a été précisée par le Tribunal qui a souligné que « la circonstance qu'ADP soit un établissement public placé sous l'autorité du ministre chargé de l'aviation civile et qu'il assure la gestion d'installations relevant du domaine public ne saurait exclure à elle seule qu'il puisse, en l'espèce, être considéré comme une entreprise »³0.

Que l'entité soit publique ou privée, civile ou commerciale, à but lucratif ou non lucratif, dotée ou non de la personnalité juridique, elle pourra être qualifiée d'entreprise. Par ces critères négatifs, le droit européen a refusé toutes ces qualifications formelles, mais il n'a pas permis de définir un contenu précis à la notion d'entreprise. Il convient de rechercher si l'utilisation d'un critère fonctionnel permet de mieux définir la notion.

§ 2 : Rejet de la conception fonctionnelle de la notion d'entreprise par le droit européen

En affirmant que l'entreprise est définie par son but, la poursuite d'une activité économique, la jurisprudence européenne a posé un critère fonctionnel de qualification et ce critère semble positif. Les applications

^{27 -} Déc. de la commission du 2 avr. 2003, Viandes bovines françaises, JOUE L 209 du 19 août 2003, Europe oct. 2003, comm. n° 327.

^{28 -} L'article 86 (ex. 90) du Traité précise que les règles de concurrence s'appliquent sans distinction aux entreprises privées et publiques. La modification de la directive 77/187 relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, intervenue en 1998 précisait que le texte était applicable à toute entreprise privée ou publique.

^{29 -} Le Portugal n'a pas contesté l'application du droit de la concurrence à son entreprise aéroportuaire ni l'Italie à son administration autonome des tabacs. J.B. Blaise, et L. Idot, Concurrence (années 2000-2001), RTD eur. 2002, janv.-mars, p. 107.

^{30 -} TPICE 12 déc. 2000, aff. T-128/98, Rec. p. II-3929, Europe fév. 2001, comm. nº 62. Solution confirmée par la cour, CJCE 24 oct. 2002, préc.

de ce critère fonctionnel doivent être étudiées, afin de vérifier s'il permet de donner réellement un contenu précis à la notion d'entreprise.

Pour la jurisprudence, exercer une activité économique, c'est offrir des biens ou des services sur un marché donné³¹. Non seulement la structure doit réaliser des achats, mais elle doit également les offrir sur le marché. Le Tribunal a donc refusé de qualifier d'entreprise un ensemble de 26 organismes chargés de gérer le système de santé espagnol, qui avaient acheté un produit en grande qualité, mais sans l'offrir sur un marché³². La notion d'activité économique reste néanmoins étendue, d'autant plus qu'elle a été interprétée largement par les juges qui ont accepté que l'entreprise ne soit qu'en contact indirect avec le marché. Ainsi, dans un arrêt du 10 janvier 2006, la CJCE a qualifié les fondations bancaires d'entreprise au motif qu'elles étaient en contact avec les banques, qui étaient elles mêmes « opérateurs en contact direct avec le marché »33. Le critère de reconnaissance d'une activité économique est si général qu'il est délicat à utiliser pour reconnaître la présence d'une entreprise. Il s'est révélé particulièrement difficile à manier lorsque la logique marchande a été étendue au-delà des stricts rapports économiques³⁴. Une nouvelle manière de procéder s'est alors imposée : elle a consisté à opérer par exclusion et la jurisprudence a identifié deux situations où elle a refusé de qualifier l'activité d'économique : lorsque l'entité détient des prérogatives de puissance publique et surtout lorsqu'elle poursuit une « finalité sociale ».

Tout d'abord, l'existence de prérogatives de puissance publique exclurait la possibilité de qualifier l'activité d'économique. La Cour l'a rappelé dans l'arrêt Eurocontrol du 19 janvier 1994. Elle a considéré que les articles 86 et 90 du traité ne sont pas applicables à une organisation internationale comme Eurocontrol, car celle-ci n'est pas une entreprise. Elle a justifié sa décision en expliquant que « prises dans leur ensemble, les activités d'Eurocontrol, par leur nature, par leur objet et par les règles auxquelles elles sont soumises, se rattachent à l'exercice de prérogatives (...) qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique et elles ne présentent pas un caractère économique »³⁵. Mais ce critère est difficile à mettre en œuvre en France. En effet, dans notre pays, la notion de prérogative de puissance publique est fondée davantage

^{31 -} V. supra, p. 20.

^{32 -} TPICE 4 mars 2003, Petites aff. 2 juin 2003, n° 109, p. 4.

^{33 -} CJCE 10 janv. 2006, aff. C-222/04, Casa di Risparmio di Firenze et autres. Sur cet arrêt, R. Kovar, Quand la Cour de justice invite à s'intéresser à nouveau aux notions d'entreprise et d'activité économique, D. 2006, p. 919 et s.

^{34 -} L. Idot, La notion d'entreprise en droit de la concurrence révélateur de l'ordre concurrentiel, *in* L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Ed. Frison-Roche 2003, p. 523 et s., spéc. p. 525.

^{35 -} CJCE 19 janv. 1994, Eurocontrol, aff. C-364/92, Rec. p. I-1541.

sur des critères formels ou organiques que sur le critère matériel utilisé par la Cour de justice qui semble limiter la notion à l'exercice des fonctions régaliennes.

La jurisprudence refuse également de qualifier d'économique l'activité des entités qui poursuivent une finalité sociale. Au cours des dernières années, les juges ont été souvent sollicités pour déterminer la qualification d'entités exerçant une activité dans le secteur social. Dans trois arrêts Poucet du 17 février 1993, la Cour considéra que les caisses de sécurité sociale n'exercent pas une activité économique si elles ont une « fonction exclusivement sociale » et qu'il est alors impossible de les qualifier d'entreprise³⁶. Elle posa des critères précis pour distinguer fonction sociale et activité économique. :

- 1) les éléments de solidarité sociale, principalement les règles commandant la répartition des cotisations entre les assujettis et des allocations entre les ayants droit,
- 2) le fait que le système fonctionne selon le principe de la répartition ou de la capitalisation,
- 3) le fait que l'équilibre du système nécessite ou non l'affiliation unique et obligatoire,
- 4) et, enfin, le fait que l'organisme en cause se trouve en concurrence avec d'autres prestataires de service.

Ces critères ont été exactement repris dans un arrêt du 21 septembre 1999 Albany international BV à propos des fonds sectoriels de pension³⁷. Puis la Cour a modifié sa position. Dans un arrêt du 12 septembre 2000, Pavlov, elle a considéré que la qualification d'entreprise devait être refusée lorsque la structure met en oeuvre le principe de solidarité³⁸. Les juges ont tenté de préciser ce critère de solidarité, mais il demeure peu opératoire, car trop vague et reposant sur des éléments qui varient au fil des décisions. Les arrêts déduisent parfois la solidarité du fait que les cotisations du fonds ont été fixées par la loi³⁹, alors qu'ils admettent parfois la solidarité en relevant que la structure était libre de fixer les cotisations⁴⁰. Certaines décisions s'attachent au mode de gestion du fonds et en particulier à une recherche éventuelle de profit⁴¹, alors que d'autres n'abordent pas ces questions.

^{36 -} CJCE 17 fév. 1993, aff. C-159 et 160/91, Rec. p. I-637, RTD eur. 1995, janv.-mars, p. 42.

^{37 -} CJCE 21 sept. 1999 Albany International BV, aff. C-67/96, Brentjens' Handelsonderneming, aff. C-115 à 177/97, et MDB BV, aff. C-119/97, RTD eur. 2000, avr-juin, p. 340, obs. J.B. Blaise et L. Idot.

^{38 -} CJCE 12 sept. 2000, Pavlov, préc.

^{39 -} CJCE 12 sept. 2000, Pavlov, préc., CJCE 22 mai 2003, Freskot, aff. C-3555/00, Europe sept. 2003, comm. n° 250, p. 19, obs. L. Idot.

^{40 -} CJCE 16 mars 2004, Groupement allemand de caisses d'assurance maladie, aff. C-264/01, Petites Aff. 19 juill. 2004, n° 143, p. 17.

^{41 -} CJCE 12 sept. 2000, Pavlov, préc., CJCE 16 mars 2004, Groupement allemand des caisses d'assurance maladie, préc.

L'activité économique apparaît donc comme une notion très floue en dépit des tentatives jurisprudentielles pour la préciser et la cerner. De plus, ce critère se révèle négatif, car les juges ne l'ont utilisé que pour refuser la qualification d'entreprise aux structures qui exercent des prérogatives de puissance publique, poursuivent une finalité sociale ou un objectif de solidarité. L'entreprise définie comme entité exerçant une activité économique resterait une notion au contenu imprécis. Les critères fonctionnels de qualification de l'entreprise ne permettraient donc pas plus que les critères formels de cerner suffisamment la notion pour la reconnaître comme un sujet de droit. Il convient de rechercher s'il n'existe pas des critères positifs qui conféreraient à cette notion un contenu plus précis.

Section II - Recherche d'un critère positif de détermination de la notion d'entreprise

En réponse à l'inefficacité des critères négatifs, un mouvement émerge dans la jurisprudence communautaire. Au lieu de procéder par exclusion, les juges cherchent à appréhender de manière positive la notion d'entreprise. Deux critères positifs ont été posés par la jurisprudence. Selon un premier critère, une entité serait une entreprise si son activité est susceptible d'être exercée par une entreprise privée ou parce qu'elle se trouve en concurrence avec une activité comparable (§ 1). Selon un second critère, une entité serait une entreprise lorsqu'elle dispose d'un pouvoir de décision autonome (§ 2). Ces deux critères seront successivement étudiés, afin d'apprécier s'ils permettent, mieux que les critères négatifs, de cerner avec précision la notion d'entreprise et de lui reconnaître ainsi une qualification de sujet de droit.

§ 1 : L'entreprise caractérisée par son caractère substituable ou concurrentiel à une entreprise privée

Selon le premier critère, une entité serait qualifiée d'entreprise si son activité est susceptible d'être exercée par une entreprise privée ou si elle se trouve en concurrence avec d'autres entreprises exerçant une activité comparable. La différence entre ces deux présentations est faible. Elle serait surtout de nature temporelle, la première imposant de vérifier si une concurrence a pu être exercée, grâce à une analyse de la situation passée et la seconde imposant un examen de la situation actuelle de concurrence⁴².

Dans la première approche, le fait que ses activités, dans le passé, aient pu être exercées par une entreprise privée permettrait de qualifier

^{42 -} L. Idot, La notion d'entreprise en droit de la concurrence révélateur de l'ordre concurrentiel, art. préc., n° 15, p. 528.

une entité d'entreprise. Cette solution a été posée par la Commission dans la décision RVA du 28 juin 1995⁴³. Elle a été reprise par la Cour en octobre 2001 dans l'affaire des ambulances⁴⁴.

Suivant une démarche proche, les juges déduisent parfois la qualification d'entreprise de la présence actuelle de concurrents. Ils ont utilisé ce raisonnement pour déterminer la qualification des régimes de protection sociale. Les critères négatifs sont difficiles à utiliser pour définir si ces organismes doivent être qualifiés d'entreprise⁴⁵. Les juges ont donc retenu un autre élément pour fonder leur appréciation : l'organisme en cause exerçait-il une activité économique en concurrence avec des sociétés privées et les intéressés avaient-ils le choix entre plusieurs solutions⁴⁶? Ainsi, pour déterminer si les caisses d'assurances maladies allemandes étaient des entreprises, l'avocat général avait relevé l'existence d'une certaine concurrence entre les caisses. Il concluait que le droit communautaire de la concurrence leur était applicable, car selon ses termes, « il apparaît que les caisses de maladie ont bien la possibilité, quoi que dans des limites définies, d'entrer en concurrence les unes avec les autres et avec les entreprises privées pour la fourniture de prestations d'assurance maladie »⁴⁷. La Cour a refusé de suivre cette recommandation. Elle n'a pas qualifié les caisses de maladie d'entreprise, en relevant, qu'elles « ne sont donc pas en concurrence entre elles ni avec des établissements privés pour l'octroi des prestations légales obligatoires en matière de soins ou de médicaments qui constitue leur fonction essentielle »⁴⁸. Cette divergence fait apparaître le premier défaut de ce critère : son absence de fiabilité. Dans une même situation de fait, les appréciations peuvent être tout à fait divergentes sur la présence ou non de concurrents, ce qui peut justifier des solutions opposées. La doctrine a relevé que ce critère présente un second défaut, son caractère dangereux⁴⁹. L'entreprise, caractérisée par la présence de concurrents exerçant une activité comparable, risquerait de devenir une notion sans limite dans un avenir proche. En effet, selon ces auteurs, le secteur marchand serait grandissant et même les fonctions régaliennes comme l'éducation, la santé et la justice sont désormais soumises à la concurrence. A court terme, ce critère obligera donc à qualifier toutes les entités d'entreprises.

^{43 -} Déc. de la commission du 28 juin 1995, JOCE n° L126 du 12 sept. 1995.

^{44 -} CJCE 25 oct. 2001, Ambulanz Glöckner, aff. C-475/99, Rec. p. I-4217. Il avait été évoqué par l'avocat général à propos des agences de placement dans l'affaire CJCE 11 déc. 1997, Joj Centre, aff. C-55-96, Rec. p. I-7119.

^{45 -} V. supra, p. 26.

^{46 -} CJCE 16 nov. 1995, Fédération française des sociétés d'assurance e.a., C-244/94, Rec. p. I-4013, CJCE 21 sept. 1999, Albany, préc. et récemment CJCE 10 janv. 2006, Casa di Risparmio di Firenze et autres, préc.

⁴⁷⁻CJCE 16 mars 2004, Groupement allemand de caisses d'assurance maladie, préc.

^{48 -} CJCE 16 mars 2004, Groupement allemand de caisses d'assurance maladie, préc.

^{49 -} L. Idot, La notion d'entreprise en droit de la concurrence révélateur de l'ordre concurrentiel, art. préc. n° 16, p. 528.

Le critère positif de l'existence d'une concurrence se révèle peu efficace pour déterminer quelle l'activité doit être qualifiée d'économique et il ne permet pas plus que les critères négatifs de cerner avec précision le contenu de la notion d'entreprise. La jurisprudence élabore actuellement un nouveau critère positif de qualification des entreprises. Il convient de vérifier s'il permet de déterminer plus précisément cette notion.

§ 2 : L'entreprise caractérisée par son pouvoir de décision autonome

En analysant les différentes décisions rendues par la jurisprudence communautaire, il apparaît qu'en dépit de l'apparente disparité et opportunité des solutions rendues, toutes les entités qualifiées d'entreprise ont un point commun : un pouvoir de décision autonome. Ainsi, les entités ne sont pas qualifiées d'entreprise lorsqu'elles n'ont pas d'autonomie, alors qu'elles reçoivent cette qualification si cette autonomie est constatée.

En l'absence d'autonomie, pas d'entreprise. De nombreuses décisions appliquent ce raisonnement. Au sein des groupes, nous avons vu que certaines filiales ne sont pas qualifiées d'entreprise, alors qu'elles ont la personnalité morale. Les juges justifient cette solution par l'absence d'autonomie de ces filiales⁵⁰. En application de la même logique, une société est qualifiée d'entreprise lorsqu'il est établi qu'elle détient un pouvoir de décision autonome⁵¹ ou selon une autre expression employée par les juges, si elle « jouit d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché »52. Cette solution a été affirmée très tôt par la Commission, dès la décision Christiani et Nielsen de 196953. Elle a été reprise par le Cour en 197354 et a été maintes fois répétée depuis. En l'absence d'autonomie de décision, la filiale ne sera pas qualifiée d'entreprise. En l'absence d'autonomie de comportement, cette qualification lui sera également refusée. La Cour a clairement admis que les actes d'une filiale peuvent être imputés à la société mère « lorsque la filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère »55. Enfin, l'absence d'autonomie économique constitue également un critère entraînant le rejet de la qualification d'entreprise. La jurisprudence a ainsi affirmé que la concurrence n'est pas susceptible de s'exercer entre une mère et sa fille

^{50 -} CJCE 30 juin 1970, Kodak, préc.

^{51 -} CJCE 21 fév. 1973, Europemballage et Continental Can, préc.

 $^{52\}text{-CJCE }31\text{ oct. }1974\text{, aff. }15/74\text{, Centra farm BV et de Peijper }c/\text{Sterling Drugs Inc., Rec. p. I-}1147\text{.}$

^{53 -} Déc. Christiani et Nielsen du 18 juin 1969, JOCE n° L165 du 5 juill. 1969.

^{54 -} CJCE 21 fév. 1973, Europemballage et Continental Can, préc.

^{55 -} CJCE 21 fév. 1973, Europemballage et Continental Can, préc.

si la fille, tout en ayant la personnalité juridique, n'a pas d'autonomie économique⁵⁶. Au-delà de son autonomie juridique, la filiale ne sera donc pas une entreprise si elle ne détient pas de pouvoir propre ou si elle est en situation de subordination économique.

Ce critère de l'autonomie a également été appliqué en dehors des relations intragroupe. Le Tribunal a ainsi refusé de qualifier d'entreprise un mandataire lié par un contrat d'agence, bien qu'il soit une personne morale distincte, au motif qu'il « ne se comportait pas sur le marché de manière autonome, que ses pouvoirs de décision étaient limités à la sollicitation de clients potentiels, qu'il n'avait pas d'autorité sur les prix et ne pouvait imputer des remises que sur sa propre commission »57. De même, les personnes physiques ne seront qualifiées d'entreprise que si leur autonomie est établie. Cette solution a été appliquée à plusieurs reprises et pour des situations différentes. La Commission a refusé de qualifier les représentants de commerce d'entreprise en expliquant qu'ils n'agissent pas pour leur compte, mais pour celui d'une entreprise dont ils sont les auxiliaires commerciaux58. L'exigence d'autonomie de décision a également justifié de refuser la qualification d'entreprise à un salarié ou à un groupe de salariés. Ainsi, à propos des travailleurs portuaires, la Cour a clairement expliqué qu'ils accomplissent leurs travaux « en faveur et sous la direction de l'entreprise à laquelle ils sont liés ». Elle a donc considéré qu'étant « intégrés dans ladite entreprise et formant avec elle une unité économique, ils ne constituent pas en eux-mêmes des entreprises au sens du droit communautaire » ⁵⁹. Dans toutes ces affaires, l'entreprise a été définie par son autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché et en l'absence de cet élément, les juges ont refusé de qualifier ces entités d'entreprise.

Inversement, la jurisprudence a reconnu que toute entité autonome devait être qualifiée d'entreprise. Elle a ainsi considéré qu'un groupe constitue une entreprise unique lorsque toutes les décisions sont prises par la holding. Dans ce cas, le groupe est qualifié d'entreprise bien qu'il n'ait pas de personnalité juridique autonome, au motif qu'il est détenteur du pouvoir. Les juges ont appliqué la même solution lorsqu'ils ont considéré que la filialisation n'est qu'une simple répartition des taches à l'intérieur d'une même entité économique⁶⁰. La Cour a

^{56 -} Déc. du 18 juin 1969, Christiani et Nielsen, préc. Elle a rappelé ensuite que « en l'absence de volonté économiquement indépendantes, les relations au sein d'une unité économique ne peuvent être constitutives d'un accort ou d'une pratique concertée entre entreprises restrictive de concurrence... » Viho Europe, 24 oct. 1996, aff. C-73/95P, Rec. p. 1-5457, RTD eur. 1997, juill-oct, p. 472.

⁵⁷⁻TPICE 15 sept. 2005, Daimler Chrysler, préc.

^{58 -} Déc. du 14 déc. 1962, aff. C-68/83, Rec. p. I-819.

^{59 -} CJCE 16 sept. 1999, Becu, préc.

^{60 -} Comm. CE 24 oct. 1996, Viho Europe, préc.

ainsi jugé que « la notion d'entreprise (...) doit être comprise comme désignant une unité économique (...) même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales » et elle a précisé que l'unité économique était caractérisée par un contrôle identique⁶¹. L'autonomie permet donc de constater l'existence d'une entreprise, même en l'absence de personnalité juridique. Elle permet également de conclure à la présence d'une entreprise lorsque cette qualification semblait discutable, car l'activité exercée paraissait peu économique. Ainsi, les juges ont qualifié les fonds de pensions d'entreprise après avoir relevé qu'ils avaient une gestion autonome, fixant eux-mêmes les cotisations comme les prestations⁶².

Dans toutes ces affaires, c'est l'autonomie de décision qui a permis de déterminer la qualification d'entreprise. Un autre type d'autonomie a également permis aux juges de qualifier une entité d'entreprise : l'autonomie d'intérêt. La poursuite d'un intérêt propre permettrait de caractériser la notion d'entreprise et constituerait un critère de qualification⁶³. Cette solution a également été affirmée dans les décisions relatives aux fonds de pension⁶⁴. Lorsque le groupement poursuit un objectif de solidarité, il ne sera pas qualifié d'entreprise. Mais les juges ont précisé ce qu'il fallait entendre par solidarité. Seul l'objectif de solidarité nationale exclue la qualifie d'entreprise. La solidarité entre membres du groupement qui fédéralisent leurs risques grâce au groupement permet au contraire de caractériser une entreprise, au motif que les membres du fonds ont alors un intérêt commun et propre.

Le critère de l'autonomie est doublement satisfaisant. D'une part, il constitue un facteur suffisamment précis pour que l'entreprise puisse être considérée comme un concept ayant un contenu original susceptible d'être qualifié de sujet de droit. D'autre part, ce critère permet de ne reconnaître la qualité de sujet de droit qu'aux entités qui disposent d'un réel pouvoir. Comme la notion d'entreprise, l'utilisation de ce critère de qualification n'est pas inconnue en droit français. Dans le monde des affaires, la qualité de sujet de droit est souvent subordonnée à une autonomie. Ainsi, ne sera commerçant que celui qui agit en son nom et pour son compte personnel⁶⁵. Par ailleurs, selon les indications récentes des décisions rendues dans l'affaire Metal Europe, l'autonomie décisionnelle constitue un indice de la non fictivité d'une filiale par rapport

^{61 -} CJCE 6 mars 1974, Zora, aff. C-6/73 et C-7/73, Rec. p. I-223.

^{62 -} CJCE 21 sept. 1999, Albany, préc, CJCE 16 mars 2004, Groupement allemand de caisses d'assurance maladie, préc.

^{63 -} S. Poillot-Peruzzetto, M. Lubry, Le droit communautaire appliqué à l'entreprise, op. cit., nº 145, p. 35.

^{64 -} V. supra, p. 26.

^{65 -} C. com., art. L. 121-1.

L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?

à une société mère⁶⁶. Mais, dans notre droit national, ce critère conserve une application restreinte et de nombreuses entités sont qualifiées de sujet de droit, en dépit de leur absence d'autonomie. Pour reprendre la célèbre tirade du 5ème acte de Macbeth, elles ne sont que des fantômes errants, des histoires pleines de tracas et de furie, qui ne signifient rien. En 1985, Alain Sayag regrettait que nous ayons créé un droit des sociétés dans lequel « des dizaines de milliers d'entrepreneurs recourent à la constitution de sociétés de façade, et pratiquent une fraude à la loi généralisée » et il considérait que « le fonctionnement de ces sociétés ressemble à un théâtre d'ombres »⁶⁷. Le droit européen nous a emprunté la notion d'entreprise. Il l'a transformé en sujet de droit. Espérons que saurons, à notre tour, reprendre ce critère de qualification de l'entreprise, afin de permettre à notre droit de dépasser son caractère formel pour devenir plus réaliste.

^{66 -} Cass. com. 19 avr. 2005, JCP éd. E 2005, p. 721.

^{67 -} A. Sayag, De nouvelles structures pour l'entreprise, JCP 1985, 3217, n°4.

QUEL CONSOMMATEUR ? POUR QUEL RÔLE ?

Natacha Sauphanor-Brouillaud Professeur à l'Université Paris 13 Membre de l'Institut de Recherches de Droit des Affaires (IRDA)

- 1. Dans le cadre d'une recherche consacrée à l'entreprise, traiter du consommateur peut paraître audacieux tant ce sujet de droit est exterieur à l'entreprise, contrairement à un sujet, tel que le salarié. Or, c'est précisément le droit communautaire qui permet d'opérer un lien intéressant entre l'entreprise et le consommateur. En effet, la nature de ce lien diffère suivant le rôle que le législateur communautaire fait jouer au consommateur.
- 2. La politique communautaire d'harmonisation des règles de protection des consommateurs a deux destinataires. Le destinataire officiel est le consommateur, entendu ici dans un sens strict, c'est-à-dire la personne physique qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour son usage personnel¹. L'harmonisation doit lui permettre de bénéficier d'une protection équivalente dans tous les Etats membres. L'autre destinataire, le destinataire officieux, est précisément l'entreprise. Elle aussi doit être assurée qu'elle bénéficiera d'un contexte juridique comparable quel que soit l'Etat membre dans lequel elle propose ses biens et ses services. La politique communautaire est partie du constat que les disparités entre les dispositions nationales de protection des consommateurs étaient sources de distorsion de concurrence entre les entreprises des Etats membres. Ces disparités nuisaient à la libre circulation des biens et services, et par conséquent freinaient l'établissement du marché intérieur. C'est pourquoi dans un premier temps, la politique communautaire en faveur des consommateurs a eu pour objectif d'éviter les distorsions de concurrence. L'harmonisation du droit de la consommation était adossée au droit de la concurrence. Dès lors, le lien entre le consommateur et l'entreprise apparaissait clairement. Le consommateur était considéré comme un acteur économique qu'il fallait protéger dans l'intérêt de l'entreprise.
- 3. Cette conception du rôle du consommateur peut étonner le juriste français plus familiarisé avec le postulat d'un consommateur faible, d'un sujet méritant une protection indépendamment de toute considération de marché. Or, l'évolution récente de la politique communautaire et ses perspectives futures incitent à penser que cette conception française affleure en droit communautaire, même si cette orientation n'est pas

^{1 -} Est exclue ici la controverse opposant la Cour de justice des communautés européennes et la Cour de cassation française sur l'extension du bénéfice de la protection des consommateurs aux personnes physiques et morales exerçant une activité professionnelle.

encore tranchée. A côté du rôle avéré d'un acteur économique protégé dans l'intérêt de l'entreprise, le consommateur pourrait se voir octroyer le rôle d'un sujet protégé indépendamment de l'intérêt de l'entreprise. 4. - Par conséquent, dans le cadre d'une recherche sur l'entreprise et le droit communautaire, le rôle du consommateur peut être envisagé en deux temps. Dans un premier temps, nous démontrerons que le consommateur joue un rôle avéré, celui d'un acteur économique protégé dans l'intérêt de l'entreprise (section I). Dans un second temps, nous nous interrogerons sur le point de savoir si le consommateur joue un rôle en devenir, celui d'un sujet protégé indépendamment de l'intérêt de l'entreprise (section II).

Section I - Un rôle avéré : un acteur économique protégé dans l'intérêt de l'entreprise

5. - Il existe une divergence entre le droit communautaire et le droit interne dans la mesure où le rôle d'acteur économique joué par le consommateur, qui avait été insufflé par le droit communautaire (§ 1), se trouve atténué par le droit interne (§ 2).

§ 1 : Un rôle insufflé par le droit communautaire

6. - Tant le droit communautaire primaire (A) que le droit communautaire dérivé (B) ont insufflé au consommateur le rôle d'un acteur économique protégé dans l'intérêt de l'entreprise.

A. Le droit communautaire primaire

7. - S'agissant du droit communautaire primaire, nous allons tenter de démontrer que, malgré les apparences, celui-ci n'a pas érigé la protection des consommateurs en politique autonome. Nous allons constater que les traités successifs n'ont envisagé la protection des consommateurs que « dans la mesure où elle garantit la régulation économique du marché »², ce qui attestera bien que le droit communautaire primaire donne au consommateur le rôle d'un acteur économique susceptible de développer la libre circulation des biens et services et par conséquent le rôle d'un acteur servant l'intérêt des entreprises.

8. - Le Traité de Rome, qui se donnait pour objectif d'établir un marché commun par un rapprochement progressif des politiques économiques nationales, ne contenait aucune disposition relative à la protection des consommateurs. Les quelques textes mentionnant expressément le consommateur ne s'intéressaient à ce dernier qu'en sa

² - E. Poillot, Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats, LGDJ, bibl. dr. privé, T. 463, préf. P. de Vareilles-Sommières, n°80.

qualité d'utilisateur de biens ou de services³. Ils traduisaient la « logique productiviste » du Traité de Rome⁴. Cependant, c'est en s'appuyant sur le rapprochement des politiques économiques des Etats membres, prévu par le Traité de Rome, que le Conseil élabora le 14 avril 1975 le premier programme préliminaire pour une politique de protection et d'information du consommateur leur reconnaissant cinq droits fondamentaux : le droit à la protection de sa santé et de sa sécurité, le droit à la protection de ses intérêts économiques, le droit à la réparation des dommages, le droit à l'information et à l'éducation, le droit à la représentation⁵. Et surtout, comme nous le constaterons⁶, le législateur communautaire alors même que la protection des consommateurs n'était pas mentionnée dans le Traité de Rome, a pris un certain nombre de directives de protection des consommateurs sur le fondement de l'article 100 du Traité qui habilitait le Conseil à arrêter des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun7. Cette législation qui tendait à subordonner la protection des consommateurs à la réalisation du marché a été consacrée par l'Acte Unique Européen⁸. L'Acte Unique fut en effet le premier traité à mentionner expressément la protection des consommateurs et ce, au titre du rapprochement des législations. Selon l'ex article 100A (devenu l'article 95), « 1. (...) Le Conseil (...) arrête les mesures relatives au rapprochement de dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. 3. La Commission, dans ses propositions (...) en matière de (...) protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé (...) ». La prescription d'un objectif élevé de protection des consommateurs était nouvelle. Elle justifie l'insertion dans les directives prises en faveur des consommateurs depuis l'Acte Unique de

^{3 -} L'ex article 39 (devenu article 33) et l'ex article 40 (devenu l'article 39) relatifs à la politique agricole commune disposent que celle-ci a pour but « d'assurer des prix raisonnables dans les livraisons aux consommateurs » et qu'elle exclut « toute discrimination entre producteurs et consommateurs de la Communauté ». L'ex article 86 (devenu article 82) énonce dans la liste non-limitative des hypothèses de pratiques abusives, celle qui consiste à « limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ».

⁴ - M. Luby, La notion de consommateur en droit communautaire : une commode inconstance..., Contrats, conc.consom. 2000, chr., $n^{\circ}1$, p. 4 et s., spéc., p. 4.

^{5 -} Résolution du Conseil du 14 avril 1975 concernant un programme préliminaire de la CEE pour une politique de protection et d'information des consommateurs, *JOCE* n°C92/1 du 25 avril 1975.

^{6 -} V infra n°12

^{7 -} Article 100 du Traité de Rome : « Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen et du comité économique et social, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats Membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun ».

^{8 -} Sur le fait que l'Acte Unique n'est qu'une consécration textuelle d'une conception de la protection des consommateurs qui existait déjà en pratique, voir J. Huet, L'harmonisation du droit de la consommation, *in* L'entreprise dans le marché unique européen, Travaux de la CEDECE, La documentation française, 1995, p. 521 et s.

clauses d'harmonisation minimale permettant aux Etats membres de maintenir ou d'adopter des dispositions plus strictes en faveur des consommateurs. Cependant, cette prescription ne doit pas tromper l'observateur. En effet, l'Acte Unique n'a pas élevé la protection des consommateurs « au rang de politique de la Communauté »º. Il la traitait, pour reprendre l'expression de M. Bourgoignie, comme « un sous-produit de la politique visant à l'achèvement du marché intérieur »¹º. L'harmonisation des droits nationaux en matière de protection des consommateurs ne se concevait, dans l'Acte Unique, que dans la mesure où le marché, c'est-à-dire les entreprises fournisseurs de biens ou de services, y trouvaient un intérêt.

9. - Le Traité de Maastricht du 7 février 1992 a franchi une étape dans la politique communautaire de protection des consommateurs. Il a intégré un titre XI spécifiquement consacré à la protection des consommateurs dans la troisième partie consacrée à la politique de la communauté. Ce titre comportait une seule disposition, l'article 129 A¹¹, légèrement modifiée par le traité d'Amsterdam et devenue l'article 15312. Selon ce texte, « afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau de protection élevé de protection des consommateurs, la Communauté contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts. 2. Les exigences de la protection des consommateurs sont prises en considération dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques et actions de la Communauté. 3. La Communauté contribue à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1 par : a) des mesures qu'elle adopte en application de l'article 95 dans le cadre de la réalisation du marché intérieur ; b) des mesures qui appuient et complètent la politique menée par les Etats membres, et en assurent le suivi. 4. (...) 5. Les mesures arrêtées (en application du paragraphe 4) ne peuvent empêcher un Etat membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes ». Désormais, deux types de mesures peuvent

^{9 -} E. Poillot, Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats, *op. cit.*, n°93. 10 - Th. Bourgoignie, Le droit communautaire de la consommation : acquis et perspectives au regard de l'Europe de 1993, p. 247, Les Cahiers de droit, vol. 33, n°1, 1992, p. 231 et s., spéc., p. 247.

^{11 -} Article 129 A : « La Communauté contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection des consommateurs par a) des mesures qu'elle adopte en application de l'article 100 A dans le cadre de la réalisation du marché intérieur ; b) des actions spécifiques qui appuient et complètent la politique menée par les Etats membres en vue de protéger la santé, la sécurité et les intérêts économiques des consommateurs et de leur assurer une information adéquate (...). 3. Les actions arrêtées (en application du paragraphe 2) ne peuvent empêcher un Etat membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes (...) ».

^{12 -} Le Traité d'Amsterdam étend le champ de compétence de la Communauté à l'éducation et à la représentation des consommateurs. Par ailleurs, il modifie la terminologie puisque les actions spécifiques qui appuient et complètent la politique menée par les Etats membres deviennent des mesures spécifiques, ce qui selon un auteur dénote une « augmentation des pouvoirs offerts au titre de la compétence autonome » : L. Grard, Le principe de subsidiarité et le droit communautaire de la consommation, *in* Le droit communautaire de la consommation. Bilan et perspectives, La documentation française, 2002, p. 139 et s., spéc., p. 157.

être prises en faveur des consommateurs. D'une part, comme auparavant, des mesures d'harmonisation dans le cadre de la réalisation du marché intérieur peuvent être édictées sur le fondement de l'article 95 (ex article 100A). D'autre part, des mesures peuvent être adoptées sur le fondement de l'article 153 (ex article 129A) ayant pour but la protection des consommateurs.

10. - La majorité de la doctrine estime que le Traité de Maastricht a consacré une politique autonome de protection des consommateurs¹³, ce qui inciterait à en déduire que le consommateur n'est plus considéré par le droit communautaire primaire uniquement comme un acteur économique mais également comme un sujet méritant une protection. Cependant, à l'instar de quelques auteurs, nous estimons que la politique de protection des consommateurs instaurée par Maastricht n'est pas véritablement une politique autonome.

11. - Une politique est autonome dans la mesure où elle est considérée par le Traité comme une politique commune. Tel est le cas lorsque « dans des secteurs déterminés, les traités confient aux institutions communautaires des compétences normatives exclusives. Ils se contentent d'établir des objectifs, dont la mise en œuvre appartient aux institutions désignées, et à nulle autre »14. La particularité d'une politique commune tient à ce qu'elle « revient à exclure la compétence des Etats membres en la matière, à tout le moins dans les limites des termes des traités. Aussi l'application du principe de subsidiarité ne trouve-t-elle pas de place en matière de politique commune, comme le confirment les termes de l'article 5 du Traité CE qui limitent ce principe aux domaines qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de la Communauté »15. Or, comme l'ont souligné MM. Christianos et Picod, dans la mesure où l'article 153 vise uniquement une contribution au renforcement de la protection des consommateurs, il ne s'agit pas là d'une politique commune mais plutôt d'une « action commune » 16 en faveur des consommateurs. De même, Mlle Poillot a démontré que le Traité de Maastricht envisage le droit de la consommation sous l'angle d'une politique qui ne fait que compléter les politiques menées par les Etats membres. Selon l'auteur, « l'article 129 A paragraphe 1 n'envisage en effet qu'une contribution de la Communauté à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts des consommateurs, étant précisé que ce sont les autres politiques et actions de la Communauté qui

^{13 -} J. Calais-Auloy, La communauté européenne et les consommateurs, *in* Mélanges offerts à A. Colomer, Litec 1993, p. 119 et s., spéc., p. 120 ; L. Idot, Les bases communautaires d'un droit privé européen (traité de Maastricht et traité de Rome), *in* Le droit privé européen, dir. P. de Vareilles-Sommières, Economica, 1998, p. 22 et s., spéc., p. 27 ; S. Chillon, Le droit communautaire de la consommation après les Traités de Maastricht et d'Amsterdam, Story Scientia LGDJ, 1999, préf. J. Calais-Auloy, p. 27 ; H. Aubry, L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats, PUAM, 2002, préf. A. Ghozi, n°19 et 20.

^{14 -} M. Fallon, Droit matériel général de l'Union européenne, Bruylant, 2ème éd., p. 39.

^{15 -} Ibid.

^{16 -} V. Christianos et Y. Picod, Rép. Communautaire Dalloz, V° Consommateurs, 1996, n°18.

prennent en compte les exigences de la protection des consommateurs dans leur définition et dans leur mise en œuvre. Le paragraphe 3 du même article adopte le même principe en matière de réalisation des objectifs visés au paragraphe 1, c'est-à-dire la promotion des intérêts des consommateurs et l'assurance d'un niveau élevé de protection. Dans ces domaines, il ne s'agit de nouveau que d'une contribution communautaire, contribution qui s'inscrit, au demeurant dans le cadre de la réalisation d'un marché intérieur ou sur la base de mesures qui appuient et complètent et assurent le suivi de la politique menée par les Etats membres »¹⁷. Par ailleurs, comme l'ont indiqué plusieurs auteurs, la présence du principe de subsidiarité dans l'article 129A, comme dans l'article 153, rend délicate la qualification de politique commune. Dans l'article 5 (ex. article 3B) du Traité d'Amsterdam, il est en effet énoncé que « la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité. Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire ». Que l'on estime qu'avec l'article 153, « il s'agit pour la Communauté, en application du principe de subsidiarité énoncé à l'article 3B du Traité de Maastricht, de n'intervenir que lorsque l'action envisagée ne peut pas être réalisée de manière suffisante par les Etats membres »18 ou que, de façon plus nuancée, on estime que « dans la mesure où sur les questions étrangères au marché intérieur, la législation communautaire ne vient que compléter ou appuyer des initiatives étatiques, il faut y voir le signe d'une subsidiarité qui dépasse le principe général de l'article 5 (ex. 3B) »19, il n'en demeure pas moins que la politique communautaire de protection des consommateurs est marquée, pour reprendre l'expression d'un auteur, d'« une empreinte de subsidiarité »20 qui légitime la thèse de son défaut d'autonomie. Aussi en déduisons nous que les Traités de Maastricht et d'Amsterdam en maintenant la subordination de la protection des consommateurs à la réalisation du marché conçoivent le rôle d'un consommateur comme celui d'un acteur économique protégé dans l'intérêt de l'entreprise. L'analyse du droit communautaire dérivé confirme cette idée.

¹⁷⁻ E. Poillot, Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats, *op. cit.*, n°100. 18 - M. Luby, Politique communautaire de protection des consommateurs. Originalité, finalité et devenir, Jurisclasseur Europe, Fasc. 2000, n°29.

^{19 -} L. Grard, Le principe de subsidiarité et le droit communautaire de la consommation, art. préc., p. 156. 20 - *Ibid.*

B. Le droit communautaire dérivé

12. - S'agissant du droit communautaire dérivé, il importe d'abord de s'intéresser tant aux directives prises sous l'empire de l'Acte unique qu'à celles édictées à l'époque du Traité de Rome puisque, comme on l'a déjà signalé, alors même que ce traité ne contenait pas de disposition spécifique de protection des consommateurs, le législateur communautaire a pris un certain nombre de directives en faveur des consommateurs au titre du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres. Qu'ils s'agisse, pour s'en tenir aux principales, de la directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative à la publicité trompeuse, de la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, de la directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, de la directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 en matière de crédit à la consommation ou de la directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait²¹, toutes présentent, pour schématiser, trois traits communs. En premier lieu, dans ces directives, figure toujours le même genre de préambule : « considérant qu'il existe de grandes disparités entre les législations des différents Etats membres (...); considérant que ces disparités peuvent entraîner des distorsions de concurrence entre les entreprises dans le marché commun (...); considérant que les disparités (...) non seulement aboutissent à une protection insuffisante des consommateurs, mais aussi (...) affectent la libre circulation des biens et services (...); considérant qu'il est de l'intérêt (...) des consommateurs (...) d'harmoniser des dispositions nationales »²². Ces « considérant » démontrent que pour le législateur communautaire, l'harmonisation des dispositions nationales de protection des consommateurs a pour objectif non pas d'améliorer la protection des consommateurs mais d'assurer un niveau de protection équivalent dans tous les pays membres. Cette équivalence de protection permet, selon le législateur de renforcer la confiance du consommateur et partant la consommation. Comme l'a expliqué M. Pizzio, « le consommateur a longtemps été considéré comme un bénéficiaire passif du marché intérieur lui permettant d'avoir accès dans son propre pays à de nouveaux produits ou services en provenance des Etats membres. A cette conception passive du rôle du consommateur s'est substituée progressivement une autre conception faisant du consommateur un acteur économique du marché intérieur devant tirer

²¹ - Voir également la directive 92/59/CEE du Conseil du 29 juin 1992 relative à la sécurité générale des produits.

^{22 -} Ces extraits sont issus de la directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative à la publicité trompeuse mais ces considérations figurent de façon similaire dans les autres directives.

profit de ce nouvel espace économique pour faire jouer la concurrence et consommer non plus seulement dans son pays, mais aussi dans les autres Etats membres de l'Union européenne »23. Adossée à la concurrence, la protection des consommateurs sert donc l'intérêt de l'entreprise. Le contenu des directives confirme cette idée et c'est le deuxième trait commun. Elles font, pour la plupart, peser sur le professionnel, sur l'entreprise, de multiples obligations d'informations précontractuelles sur les prix et surtout sur les caractéristiques des produits ou des services offerts²⁴. Ce faisant, elles assurent « la transparence des relations précontractuelles et contractuelles par l'information des consommateurs afin d'en faire des acteurs économiques à part entière »25. Cela démontre bien que le droit communautaire dérivé protège le consommateur dans l'intérêt d'en faire un être responsable, capable d'opérer des choix rationnels, de faire jouer la concurrence. Le consommateur joue bien le rôle d'un acteur économique protégé dans l'intérêt de l'entreprise. Enfin, et c'est le troisième point commun, ces directives témoignent d'une politique d'harmonisation sectorielle. Cette politique « vise en effet des contrats propres à certains secteurs de l'activité économique (...). Les contrats concernés par la législation communautaire constituent l'essence même des relations commerciales sur le marché »²⁶. Cette politique sectorielle démontre que, là encore, c'est le consommateur pris en sa qualité d'acteur économique qui guide l'intervention du législateur communautaire.

13. - Après les Traités de Maastricht et d'Amsterdam, on pouvait attendre des institutions communautaires qu'elles poursuivent leur œuvre d'harmonisation sur le fondement de l'article 153. Or, seule la directive du 16 février 1998 sur l'indication des prix a été votée sur ce fondement². Toutes les autres directives prises en faveur des consommateurs l'ont été sur le fondement de l'article 100A. Ainsi en est-il en premier lieu de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, de la directive 94/47/CE du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers et de la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs

^{23 -} J.-P. Pizzio, L'apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs, *in* La protection du consommateur dans l'espace européen, Dr. & patr. 2002, n°108, p. 59 et s., spéc., p. 60.

²⁴- V. not. article 4, $\$ 1 & 2 de la directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 en matière de crédit à la consommation ; article 4, b de la directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux ; articles 3 & 4 de la directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait.

^{25 -} J.-P. Pizzio, L'apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs, art. préc., p. 63.

^{26 -} E. Poillot, Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats, op. cit. n°139.

^{27 -} Directive 98/6/CE du 16 février 1998 sur l'indication des prix.

en matière de contrats à distance²⁸. Le fondement de ces textes démontre que le législateur communautaire a continué, après Maastricht, à traiter le consommateur comme un acteur économique du marché. Après le Traité d'Amsterdam, trois directives ont été prises en faveur des consommateurs : la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, la directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs et la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur. Ces trois textes ont confirmé l'ambiguïté de la politique communautaire en faveur des consommateurs. En effet, tout en étant édictées sur le fondement juridique de l'article 95 du Traité d'Amsterdam qui rattache l'harmonisation au bon fonctionnement du marché intérieur, ces directives font toutes trois référence à l'article 153 du Traité prescrivant un niveau élevé de protection des consommateurs. Les « considérant » de ces directives poursuivent donc une double finalité : faire jouer au consommateur son rôle d'acteur économique, tout en lui accordant un niveau élevé de protection. Le contenu de ces directives atteste de cette ambivalence. D'une part, elles comportent des dispositions dont l'objet est d'assurer la transparence des relations précontractuelles par l'information des consommateurs notamment en matière de contrats à distance, transparence qui, nous l'avons vu, s'inscrit en droit communautaire dans une logique de protection de la concurrence. D'autre part, ces directives renforcent la protection contractuelle du consommateur en lui accordant des droits tels que le droit à l'équilibre contractuel dans la directive sur les clauses abusives ou le droit à la conformité du bien dans la directive sur la garantie des biens de consommation, droits dont le « fort contenu normatif »²⁹ incite à se demander s'ils ne s'adressent pas davantage à une partie faible, qu'à un acteur économique.

14. – On relèvera enfin que le règlement n°2666/2004 du 27 octobre 2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs est lui aussi fondé sur l'article 95 du traité³⁰, ce qui démontre que « les intérêts des consommateurs sont retenus en ce que les obstacles au contrôle transfrontalier des dispositions nationales gênent la confiance des consommateurs, les commandes de biens et de

²⁸- On écarte de notre étude la directive 97/55/CE du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative dans la mesure où la publicité comparative sert au premier chef les intérêts des professionnels.

^{29 -} J.-P. Pizzio, L'apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs, art. préc., p. 64.

^{30 -} Sur ce règlement voir M. Luby, Haro sur les professionnels abusant de la liberté qu'offre le marché intérieur, Rev. Lamy dr. civ. 2005, n°17, p. 49 ; L. Idot, Europe 2005, com., n°61, p. 25.

services et partant, les échanges intracommunautaires »³¹. Ce choix a d'ailleurs été critiqué par Mme Luby qui estime qu'étant donné les objectifs de protection des intérêts économiques des consommateurs poursuivis par le règlement³², « l'article 153 aurait paru plus approprié »³³ et regrette qu'une fois encore « l'accent (soit) mis sur le marché intérieur »⁵⁴. Ce rôle d'acteur économique privilégié par le droit communautaire est en revanche atténué par le droit interne.

§ 2 : Un rôle atténué par le droit interne

15. - Le rôle d'acteur économique joué par le consommateur en droit communautaire a été atténué tant lors de l'élaboration initiale du droit français (A) que lors de la transposition du droit dérivé (B).

A. Lors de l'élaboration initiale du droit français

16. - L'examen du droit français de la consommation conduit à constater que sa philosophie n'est pas la même suivant qu'il s'agit du droit contractuel de la consommation ou du droit non contractuel de la consommation. Au sein du droit contractuel figurent les règles sur l'information du consommateur, sur les clauses abusives, sur le démarchage, sur les contrats à distance. Toutes ces règles participent d'un ordre public de protection. Elles protègent le consommateur parce qu'il est en position d'infériorité par rapport à l'entreprise qui lui procure des biens et des services. Il n'en est pas de même du droit non contractuel de la consommation, c'est-à-dire notamment des règles sur les fraudes, les falsifications, la publicité trompeuse, les ventes avec primes. Toutes ces infractions économiques participent d'un ordre public de direction. Elles protègent les intérêts du consommateur parce qu'il est un acteur sur le marché. En effet, « ce qui compte alors, ce n'est pas la protection des consommateurs réputés faibles, mais la protection de leurs intérêts sur le marché. En qualité d'acteurs économiques, ces mêmes consommateurs doivent bénéficier de règles générales leur assurant le libre jeu de la concurrence, la transparence du marché, la conformité, la sécurité et la qualité des produits et des services qui leur sont offerts »35. C'est d'ailleurs parce que le droit non contractuel de la

^{31 -} M. Luby, Haro sur les professionnels abusant de la liberté qu'offre le marché intérieur, art. préc., p. 52.

^{32 -} V. considérant n°3 du Règlement n°2006/2004 du 27 octobre 2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, préc.

^{33 -} M. Luby, Haro sur les professionnels abusant de la liberté qu'offre le marché intérieur, art. préc., p. 52. 34 - *Ibid*

^{35 -} J.-P. Pizzio, Le droit de la consommation à l'aube du XXI^{eme} siècle. Bilan et perspectives, *in Liber amicorum* Jean Calais-Auloy, Etudes de droit de la consommation, Dalloz, 2004, p. 877.

consommation présente une finalité analogue à celle du droit de la concurrence, à savoir assurer le bon fonctionnement du marché, que certains auteurs fédèrent ces deux disciplines dans le droit dit du marché, droit des opérateurs présents sur le marché³⁶. Dans cette perspective, entreprises et consommateurs jouent le même rôle, ceux d'acteurs économiques. Par conséquent, seule cette petite partie du droit interne partage la même conception du rôle du consommateur que le droit communautaire. Toutes les autres règles participent d'une philosophie différente. Elles atténuent le rôle d'acteur économique joué en droit communautaire par le consommateur. Et pourtant, jusqu'à une certaine époque, cette divergence ne créait pas de frictions. Soit le droit interne était précurseur du droit communautaire et n'était donc pas influencé par la conception communautariste. Soit le droit interne devait transposer le droit communautaire mais dans ce cas, il pouvait là encore échapper à son influence en accordant une protection plus élevée au consommateur grâce aux clauses d'harmonisation minimale. Les frictions sont apparues lorsque le législateur français a transposé après le Traité de Maastricht une directive prise sous l'empire du Traité de Rome.

B. Lors de la transposition du droit dérivé

17. - Considérant qu'«un rapprochement des législations des Etats membres en matière de responsabilité du fait du producteur pour les dommages causés par le caractère défectueux de ses produits est nécessaire du fait que leur disparité est susceptible de fausser la concurrence, d'affecter la libre circulation des marchandises au sein du marché commun et d'entraîner des différences dans le niveau de protection du consommateur contre les dommages causés à sa santé et à ses biens par un produit défectueux »37, le législateur communautaire, avait sous l'empire du Traité de Rome, édicté la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux. Or, ce n'est qu'en 1998, soit après le Traité de Maastricht prescrivant un niveau de protection élevé du consommateur, que le législateur français a entrepris de transposer la directive dans le Code civil. La loi de transposition du 19 mai 1998 avait ainsi aménagé le régime de responsabilité dans un sens plus protecteur de la victime. Elle avait supprimé la franchise prévue par le texte communautaire pour les dommages causés aux biens. Elle avait subor-

^{36 -} Y. Picod, Rapport introductif, *in* Droit du marché et droit commun des obligations, RTDcom. 1998, p. 1 et s., spéc., p. 2; C. Lucas de Leyssac & G. Parléani, Droit du marché, PUF, coll. Thémis, 2002, p. 108 et s. Sur le rattachement du droit de la consommation au droit économique, voir également G. Raymond, obs. sous TI Saintes 16 novembre 2005, Contrats, conc.consom. 2006, com., n°37, p. 30 et s., spéc., p. 32.

³⁷⁻ Premier considérant de la directive 85/374/CEEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

donné l'exonération pour risque de développement au respect d'une condition non exigée par la directive, tenant à une obligation de suivi des produits après leur mise en circulation sur le marché³⁸. Enfin, elle avait étendu le régime de responsabilité au distributeur alors que le droit communautaire l'avait circonscrit au producteur. Estimant que cette « sur-transposition » était incorrecte, la commission a introduit une action en manquement. Le gouvernement français s'est défendu en invoquant l'argument selon lequel la directive devait « être interprétée à la lumière de l'importance croissante prise par la protection des consommateurs dans la Communauté, telle qu'elle se reflète (...) dans l'article 153 »³⁹. L'argument a échoué. La Cour de justice, dans un arrêt du 25 avril 200240, a en premier lieu considéré que la directive, prise sur le fondement de l'article 100 du Traité de Rome, était d'harmonisation complète ou « totale »41 et non pas minimale42, ce qu'elle a d'ailleurs récemment confirmé⁴³. Elle a ensuite ajouté que « l'article 153 CE, dont l'insertion dans le traité est (...) postérieure à l'adoption de la directive, ne saurait être invoqué pour justifier une interprétation de la directive selon laquelle celle-ci viserait à une harmonisation minimale »44. Et surtout, la cour, s'appuyant sur le considérant sus évoqué, a estimé que « la directive, en établissant un régime de responsabilité civile harmonisé des producteurs pour les dommages causés par les produits défectueux, répond à l'objectif d'assurer une concurrence non faussée entre les opérateurs économiques, de faciliter la libre circulation des marchandises et d'éviter les différences dans le niveau de protection des consommateurs »45.

^{38 -} Le législateur français avait écarté l'exonération pour risque de développement si, le défaut s'étant révélé, le producteur n'avait pas pris les dispositions propres à en prévenir les conséquences dommageables. Le producteur assumait donc, après la mise en circulation du produit, une obligation de suivi.

^{39 -} Point 13 de l'arrêt de la CJCE 25 avril 2002, aff. C-52/00 Commission c/rép. Française.

^{40 -} CJCE 25 avril 2002, aff. C-52/00 Commission c/ rép. française; C-154/00 Commission c/ rép. héllénique; C-183/00, M.V. Gonzales Sanchez; D. 2002, cah. dr. aff, AJ, p. 1670; RTDciv. 2002, p. 868, obs. J. Raynard; D. 2002, som. com., p. 463, obs. D. Mazeaud; Contrats, conc.consom. 2002, com., n°117, p. 25, obs. G. Raymond; JCP 2001, I, 153, chr. droit internat. et europ., dir. S. Poillot-Peruzzetto, obs. M. Luby; D. 2002, chr., p. 2458 par J. Calais-Auloy; D. 2002, AJ, p. 2462, note Ch. Larroumet; D. 2002, som. com., p. 2936, D. J.-P. Pizzio; RTDcom. 2002, p. 585, obs. M. Luby; Petites Aff. 2002, n°221, p. 11, note C. Daburon; G. Viney, L'interprétation par la CJCE de la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, JCP 2002, I, 177.

⁴¹⁻ J.-P. Pizzio, Droit communautaire de la consommation et droit français de la consommation, art. préc., p. 191.

^{42 -} Point 14 de l'arrêt de la CJCE 25 avril 2002, aff. C-52/00 Commission c/ rép. française, préc. : « la directive a été arrêtée par le Conseil sur le fondement de l'article 100 du traité (...) qui ne prévoit aucune faculté pour les Etats membres de maintenir ou d'établir des dispositions s'écartant des mesures d'harmonisation communautaires (...) ».

^{43 -} CJCE 10 janvier 2006, aff. C-402/03 Skov Aeg à propos de la loi danoise du 7 juin 1989 qui transpose la directive du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, Europe 2006, com., n°95, p. 26, obs. L. Idot.

^{44 -} Point 15 de l'arrêt de la CJCE 25 avril 2002, aff. C-52/00 Commission c/ rép. française.

^{45 -} Point 17 de l'arrêt de la CJCE 25 avril 2002, aff. C-52/00 Commission c/ rép. française.

18. - Comme l'a analysé Mlle Viney, « les dispositions prises sur le fondement de l'article 100 forment ce qu'on pourrait appeler, en employant un langage familier à la doctrine française, un ordre public communautaire de direction (par opposition à l'ordre public de protection) (...). Autrement dit, il s'agit d'un objectif purement économique consistant à favoriser l'égalité entre concurrents sur le marché intérieur et qui ne laisse aucune place, selon les juges, à l'objectif social de protection des consommateurs, considéré comme totalement étranger aux préoccupations des rédacteurs de la directive de 1985 »⁴⁶. L'arrêt du 25 avril 2002 confirme bien que dans l'esprit du législateur communautaire antérieur à Maastricht, l'harmonisation du droit de la consommation était subordonnée aux intérêts des entreprises. Il a donc fallu que le législateur français modifie sa transposition⁴⁷ et subisse ainsi l'influence d'une conception du consommateur qui n'était pas la sienne.

19. - La question que l'on peut se poser à présent est de savoir si la future politique communautaire ne va pas faire évoluer la conception du consommateur dans le même sens que celle du droit interne. C'est pourquoi on peut s'interroger à l'égard du consommateur sur un rôle en devenir : un sujet protégé indépendamment de l'intérêt de l'entreprise.

Section II - Un rôle en devenir : un sujet protégé indépendamment de l'intérêt de l'entreprise ?

20. - Si nous abordons cette partie sous forme d'un questionnement, c'est parce que l'amorce en droit communautaire, tant législatif que jurisprudentiel, d'une nouvelle conception du rôle du consommateur faisant de lui un sujet de protection laisse subsister la volonté de servir les intérêts du marché. Aussi éprouve-t-on des doutes à l'égard de la conception de la Cour de justice des communautés européennes (§ 1), comme à l'égard de l'orientation prise par la Commission européenne (§ 2).

§ 1 : Les doutes quant à la conception de la Cour de justice des communautés européennes

21. - Parmi les décisions de la Cour de justice des communautés européennes, seules seront retenues les affaires Océano Grupo du 27 juin

^{46 -} G. Viney, L'interprétation par la CJCE de la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, préc., $n^{o}4$ et 5.

^{47 -} Là encore cette modification ne s'est pas faite sans heurts avec le droit communautaire. En effet, une loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 avait modifié l'article 1386-7 (issu de la loi du 19 mai 1998) relatif à la responsabilité du fournisseur. Cependant la France a été une nouvelle fois condamnée pour mauvaise transposition des dispositions relatives à la responsabilité du fournisseur : CJCE 14 mars 2006, aff. C-17/04 Commission c/ France. Le texte a donc été une nouvelle fois modifié par une loi n°2006-406 du 5 avril 2006.

2000⁴⁸ et Cofidis du 22 novembre 2002⁴⁹ interprétant la directive sur les clauses abusives. En effet, elles illustrent la dualité de la conception de la Cour qui tend à protéger tant les intérêts du consommateur, pris en qualité de sujet en situation d'infériorité (A), que ceux du marché (B).

A. La protection du sujet en situation d'infériorité

22. - Dans ces deux décisions, la Cour de justice des communautés européennes commence par rappeler que la protection mise en place par la directive se justifie par la « situation d'infériorité » du consommateur⁵⁰, situation qui ne peut être « compensée que par une intervention positive extérieure aux parties au contrat »51. C'est ce qui explique, selon la Cour, que le but de la directive est d'éviter par des moyens préventifs que le consommateur ne soit lié par une clause abusive, but qui ne serait pas atteint si le juge ne pouvait écarter l'application d'une clause abusive lorsque le consommateur ou son représentant omet d'invoquer cet argument⁵². Elle en déduit que la faculté pour le juge d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause, alors même que cette faculté n'était pas prévue par la directive, constitue un moyen propre à atteindre ce résultat⁵³. Il semble donc que c'est la situation d'infériorité du consommateur qui justifie l'intervention d'office du juge. Cela démontre bien que le consommateur est ici envisagé non pas comme un acteur économique libre et responsable, mais bien comme un sujet méritant une protection spécifique, indépendamment de toute considération liée au marché. Un auteur s'appuie d'ailleurs sur l'arrêt Océano pour démontrer que l'on assiste actuellement en droit communautaire à une transformation du droit de la consommation en « un droit des citoyens (qui) désigne le détachement de la protection du consommateur d'un concept plutôt productiviste et le développement de la protection des consommateurs entendue dans un sens politique,

^{48 -} CJCE 27 juin 2000 Oceano Grupo Editorial SA c/ Rocio Murciano Quintero, aff. jointes C-244/98; Rec. 2000 I, p. 4941; JCP 2001, II, 10513, note M. Carballo-Fidalgo & G. Paisant; Petites Aff. 2001, n°141, p. 25 note S. Hourdeau; Europe 2000, com., n°280, obs. L. Idot; RTDcom. 2001, p. 291, obs. M. Luby; RTDciv. 2001, p. 878, obs. J. Mestre & B. Fages; L. Bernardeau, Clauses abusives. L'illicétié des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire, REDConsom. 2001, p. 261; B. Ledaut-Ferrarese, Le droit communautaire au soutien du consommateur (à propos du délai de forclusion de l'article L 331-37 du Code de la consommation), Petites Aff. 2001, p. 16.

^{49 -} CJCE 21 novembre 2002 Cofidis SA c/ Jean-Louis Fredout, aff. C-473/00; Rec. 2002, 1, p. 10875; D. 2002, p. 3339, note V. Avena-Robardet; JCP 2003, 1, 142, chr. X. Lagarde; Europe 2003, com., n°4, obs. A. Rigaux; RTDcom. 2003, p. 410, obs. M. Luby; RTDciv. 2003, p. 90, obs. J. Mestre & B. Fages; D. 2003, J., p. 486, note C. Nourissat; JCP 2003, II, 10082, note G. Paisant; X. Lagarde, Mouvement sur la forclusion, Petites Aff. 2003, p. 4; I. Fadlallah & C. Baude-Texidor, L'office du juge en matière du droit du crédit à la consommation: éloge de la neutralité judiciaire, D. 2003, chr., p. 750.

^{50 -} Point 25 de l'arrêt Océano préc.

^{51 -} Point 27de l'arrêt Oceano préc.

^{52 -} Point 28 de l'arrêt Oceano préc. et point 34 de l'arrêt Cofidis préc.

^{53 -} Point 28 de l'arrêt Oceano préc. et point 32 de l'arrêt Cofidis préc.

social et culturel »54. Et pourtant, de façon implicite, ces décisions laissent entrevoir que la Cour de justice des communautés européennes oriente la protection du consommateur de telle façon que les intérêts du marché soient aussi protégés.

B. La protection des intérêts du marché

23. - Le principe de l'effet utile de la directive sur les clauses abusives conduit la Cour à inciter les juges à examiner d'office le caractère abusif d'une clause, alors même que leur droit national leur refuse cette possibilité. S'agissant du droit français, ce refus se justifie par le fait que la législation sur les clauses abusives relève d'un ordre public de protection et que l'intervention d'office du juge ne se conçoit que dans un ordre public de direction. Or, telle est bien la conception de l'ordre public qui sous tend l'arrêt. L'avocat général, dans ses conclusions rendues dans l'affaire Océano, avait d'ailleurs énoncé que « si la directive, conformément aux limites de l'harmonisation minimale de législations nationales, se borne à indiquer de façon générale un résultat à atteindre (le fait que les clauses abusives « ne lient pas ») en laissant aux ordres juridiques nationaux le choix de la sanction concrète en droit de ces clauses, il est évident que le choix opéré par cette formulation entraîne l'attribution aux dispositions de la directive de la nature de normes « impératives » « d'ordre public économique » qui ne peut pas ne pas se refléter sur les pouvoirs attribués au juge national »55. Là encore c'est à un ordre public économique de direction, pour employer le langage des juristes français, que se réfère l'avocat général. Or, l'on sait qu'une telle législation privilégie le consommateur en sa qualité d'acteur économique⁵⁶. Cela démontre bien que les considérations liées au marché ne sont pas totalement absentes des préoccupations de la Cour de justice des communautés européennes même si elle affiche une volonté de traiter le consommateur en qualité de sujet. On peut donc être sceptique sur sa conception du consommateur. Des doutes analogues surgissent à l'égard de l'orientation prise par la Commission européenne.

§ 2 : Les doutes quant à l'orientation prise par la Commission européenne

24. - La stratégie adoptée par la Commission pour la politique des consommateurs concernant les années 2002 à 2006 témoigne d'une

^{54 -} H.-W. Micklitz, De la nécessité d'une nouvelle conception pour le développement du droit de la consommation dans la communauté européenne, *in Liber amicorum* J. Calais-Auloy, Etudes de droit de la consommation, Dalloz, 2004, p. 725 et s., spéc., p. 733.

^{55 -} Point 25 conclusions de l'avocat général M. Antonio Saggio, affaires jointes C-240/98 et C-244/98 Océano Grupo Editorial SA et Salvat Editores SA c/ Rocio Murciano Quintero e.a.

^{56 -} V. supra n°16.

orientation nouvelle. Dans sa communication sur le suivi du Livre Vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne, la Commission avait constaté que l'harmonisation sectorielle et minimale qui avait été jusqu'alors préconisée en matière de protection des consommateurs⁵⁷ n'avait pas eu les effets escomptés⁵⁸. Bien au contraire il était apparu que « la fragmentation des règles européennes et nationales en matière de protection du consommateur empêche le bon fonctionnement du marché intérieur pour les transactions entre entreprises et consommateurs »⁵⁹. La Commission a donc préconisé de substituer une harmonisation globale à l'harmonisation minimale, ce qui marquerait d'ailleurs une forme de retour au droit antérieur à Maastricht avec une différence tenant au degré élevé de protection des consommateurs. Cette orientation devrait être suivie pour réactualiser certaines directives comme la directive sur la multipropriété ou celle sur les voyages et les séjours à forfait, qui deviendraient donc des directives d'harmonisation totale et non plus minimale⁶⁰. La commission a également préconisé l'utilisation de directives cadres et non plus sectorielles. 25. - On pourrait craindre que l'harmonisation totale ne consacre définitivement la conception d'un consommateur acteur économique servant les intérêts des entreprises. D'ailleurs la commission énonce « qu'en raison de la nécessité d'obtenir un bon fonctionnement du marché intérieur, il convient de poursuivre la consultation sur le niveau d'harmonisation requis dans la directive-cadre »61. Par ailleurs, le droit français qui a toujours accordé une protection élevée au consommateur pourrait pâtir de cette harmonisation totale qui, comme l'a révélé l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 25 avril 2002, peut s'accompagner d'une baisse du niveau de protection. Et pourtant, et c'est là toute l'ambiguïté du propos, la Commission a précisé que la législation sous forme de directivecadre est l'un des moyens les plus appropriés pour satisfaire l'objectif d'un niveau élevé de protection des consommateurs62. La récente directive sur les pratiques déloyales⁶³ que l'on a déjà évoqué, première directive cadre prise en matière de protection des consommateurs, témoigne de

^{57 -} V. supra nº12.

⁵⁸⁻Communication de la Commission sur le suivi du Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union Européenne, COM (2002) 289 final, points 1 & 7.

^{59 -} Communication de la Commission sur le suivi du Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union Européenne, COM (2002) 289 final, point 1.

^{60 -} Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au comité économique et social et au comité des Régions-Stratégie pour la politique des consommateurs 2002-2006, COM (2002) 0208 final, point 3.1.2.2.

⁶¹⁻Communication de la Commission sur le suivi du Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union Européenne, COM (2002) 289, final.

^{62 -} Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au comité économique et social et au comité des Régions-Stratégie pour la politique des consommateurs 2002-2006, COM (2002) 0208 final, point 3.1.

^{63 -} M. Luby, La directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales (une illustration de la nouvelle approche prônée par la Commission européenne), Europe 2005, chr., n°11, p. 6; G. Raymond, Incidences possibles de la transposition de la directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005 sur le droit français de la consommation, Contrats, conc.consom. 2006, chr., n°1, p. 5 et s., spéc., p. 8.

cette ambiguïté puisqu'elle fait référence à l'article 153 prescrivant un niveau élevé de protection des consommateurs et certaines de ses dispositions sont plus audacieuses que celles du droit interne. Ainsi en est-il des dispositions prévoyant l'interdiction du « harcèlement commercial »⁶⁴, notion inconnue du droit français, ou de « l'exploitation (...) par le professionnel de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur »⁶⁵, forme de contrainte plus large que la violence de notre droit civil. Cette ambiguïté explique que l'on puisse avoir des doutes quant à l'orientation prise par la Commission européenne.

26. - Ces doutes se confirment à la lecture du programme d'action communautaire dans le domaine de la santé et de la protection des consommateurs pour 2007 à 2013. Certes celui-ci met davantage l'accent sur la nécessité d'améliorer l'information et l'éducation des consommateurs, de mieux suivre l'application de la législation de protection des consommateurs, que sur la nécessité de réduire les distorsions de concurrence66, orientation qui pourrait attester une fois encore d'une évolution vers une conception faisant du consommateur un sujet méritant protection. Cependant, il ne s'agit là que d'un perfectionnement de l'existant. On peut donc estimer avec un auteur que « la Commission européenne « flotte » dans sa direction politique future»⁶⁷. 27. - En conclusion, quel bilan peut-on faire en ce cinquantenaire du Traité de Rome ? Un bilan paradoxal. Si l'on se place du point de vue de l'entreprise, la conception d'un consommateur-acteur économique aurait dû lui être profitable dans la mesure où elle devait éviter les distorsions de concurrence. Or, tel n'est pas été le cas comme l'a constaté la Commission. Si l'on se place du point de vue du consommateur, la conception d'un consommateur-acteur économique aurait dû diminuer sa protection. Or, pendant un temps, tel n'a pas été le cas en droit français en raison des clauses d'harmonisation minimale.

Le bilan est susceptible d'évoluer. Soit la Commission engage une harmonisation totale. Celle-ci risque, peut-être, de défavoriser le consommateur français au profit des entreprises. Soit la Commission engage, comme elle semble l'envisager, une harmonisation non plus du droit de la consommation mais du droit des contrats indépendamment de la qualité des parties⁶⁸. Dans ce cas, consommateurs et entreprises seraient traitées de façon équivalente. Mais l'harmonisation du droit des contrats est un autre débat.

^{64 -} Article 9 a) de la directive. Sur cette notion voir G. Raymond, Incidences possibles de la transposition de la directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005 sur le droit français de la consommation, préc., p. 8.

^{65 -} Article 9 c) de la directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

^{66 -} V. volet 3 du Programme d'action communautaire dans le domaine de la santé et de la protection des consommateurs (2007-2013).

^{67 -} H.-W. Micklitz, De la nécessité d'une nouvelle conception pour le développement du droit de la consommation dans la communauté européenne, préc., p. 735.

⁶⁸ - V. not. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre, COM (2004) 651 final, point 2.1.2 sur l'utilisation de clauses types similaires au profit des professionnels et au profit des consommateurs.



LES SALARIES, NOUVEAUX ACTEURS DU DROIT DES SOCIETES

Hélène Tissandier

Maître de conférences à l'Université Paris-Dauphine Membre de l'I°E et du CEPRISCA

Le droit social français est aujourd'hui largement influencé par le droit issu de l'Union européenne alors qu'il avait jusque récemment toujours été marqué par l'histoire. A tel point qu'il y a peu de domaines de droit social interne sur lesquels le droit communautaire n'exerce par d'influence. Il ne faudrait donc pas souscrire sans réserves à cette opinion, certes dominante, selon laquelle le social serait le « parent pauvre » du droit communautaire, dont le champ serait fortement réduit. Si cela reste vrai au regard de la quantité de normes produites, il n'en demeure pas moins que le droit communautaire ne peut se « dispenser de réguler les rapports entre l'économique et le social », tant le second est l'accessoire du premier.

Cette influence du droit social communautaire peut en premier lieu être décelée dans l'examen des mesures de gestion du personnel de l'entreprise. Deux exemples convaincront de cette analyse¹.

Tout d'abord, le droit à l'égalité de traitement et son corollaire, le principe de non-discrimination ont fortement modifié les catégories juridiques du droit français. Si celui-ci interdisait strictement toute discrimination, il a été profondément transformé, de deux manières. Les discriminations directes, ou ostensibles, fondées sur un critère discriminatoire -sexe, race...- ne sont plus les seules prohibées puisqu'il convient aussi désormais de sanctionner les discriminations indirectes chaque fois qu'une disposition, acte ou pratique apparemment neutre aboutit à un résultat discriminatoire - c'est à dire qu'elle est susceptible de créer un désavantage pour les personnes d'un sexe, d'une race, d'un âge donné... De surcroît, une discrimination indirecte peut ne pas être sanctionnée par la nullité si elle est justifiée par la poursuite d'un objectif légitime, étranger à toute discrimination, à condition que les moyens utilisés soient appropriés et nécessaires pour atteindre cet objectif. C'est alors à un exercice d'argumentation nouveau qu'est astreint l'employeur qui veut individualiser les situations : il lui appartient de démontrer, par des éléments objectifs, l'absence de discrimination.

 $^{1\}hbox{-}Ces\ exemples\ pour raient\ être\ multipliés\ :\ temps\ de\ travail,\ détachement,\ sant \'e\ et\ s\'ecurit\'e\ des\ travailleurs\dots$

Ensuite, le droit communautaire, inspiré du droit français, réglemente les transferts d'entreprises. Mais par un effet retour, ce droit s'est émancipé de sa tutelle originelle pour à son tour fortement faire évoluer notre législation, l'actualité le démontrant encore récemment. Ainsi, la Cour de cassation considérait traditionnellement que dans l'hypothèse d'une reprise en gestion directe par une personne publique gérant un service public administratif d'une activité auparavant déléguée à une personne morale de droit privée, l'article L. 122-12 al. 2 C. trav. ne s'appliquait pas, l'entité économique transférée ayant perdu son identité. Cette analyse fut contredite par la Cour de justice² qui considéra au contraire que ces opérations relevaient du champ d'application de la directive européenne. Par conséquent la Cour de cassation en 2002³ puis le Conseil d'Etat en 2004 s'inclinèrent, admettant le transfert du contrat de travail à la personne morale de droit public et tentant d'organiser ce changement de statut. La loi du 2 août 2005 créa en réponse le contrat à durée indéterminée de droit public4.

Le droit communautaire crée ainsi de nombreux droits nouveaux au profit des travailleurs salariés : droit à l'égalité de traitement, libre circulation ou conditions minimales de travail... Ces droits peuvent représenter une contrainte nouvelle pour le chef d'entreprise dans ses rapports avec son personnel.

Pourtant, une seconde perspective semble plus riche dans le cadre de l'étude des rapports entre l'entreprise et le droit communautaire : celle de la place des salariés dans l'entreprise sous l'influence du droit communautaire ou, plus précisément, celle du pouvoir des salariés dans l'entreprise. Les débats sur le gouvernement d'entreprise, caractérisé par une recherche de transparence, de concertation voire de démocratie n'est probablement pas étranger aux évolutions du droit communautaire. Et, de nouveau, celui-ci est créateur de droits pour les salariés, par l'intermédiaire le plus souvent de leurs représentants, en organisant leur association au processus décisionnel afin que leurs intérêts soient pris en compte. Il peut alors être intéressant d'étudier la mise en place progressive d'un véritable droit à l'information et à la consultation des travailleurs, si ce n'est un droit à la participation à la gestion de l'entreprise (section I). Néanmoins, ce droit ne saurait être absolu et il conviendra, dans un second temps, d'en apprécier les limites (section II). Il n'en demeure pas moins que les développements

^{2 -} CJCE 26 septembre 2000, Mayeur, aff. C-175/99.

^{3 -} Soc. 25 juin 2002, n°01-43467, RJS 2002, n°1078 chr. J-Ph. Lhernould, p.800, n°4 et s., AJDA 2002, p. 695, note S. Pugeault, Dr. Soc. 2002, p. 1013, note A. Mazeaud.

^{4 -} CE 22 octobre 2004, Dr. Soc. 2005, p. 37, concl. P. Glaser. V. A. Mazières, Succession de délégataires de service public et article L. 122-12 du Code du travail : rencontre ou coexistence, AJDA, 2006, jur., p. 1227.

relatifs à l'information, la consultation et la participation nationale et transnationale des travailleurs devraient constituer un enjeu majeur pour les entreprises. Les réflexions sur l'évolution du droit des sociétés devraient intégrer cette composante : l'association des salariés à la vie de l'entreprise.

Section I – La participation des salariés au processus décisionnel

La participation peut s'entendre comme l'aménagement d'espaces d'intervention des travailleurs dans les processus décisionnels. Le droit communautaire organise des formes de participation des travailleurs, en particulier dans les entreprises transnationales. L'enjeu de l'intervention des représentants des travailleurs dans ces entreprises est alors évident. Puisque celles-ci ignorent de plus en plus les frontières, les salariés doivent être représentés au plus près des centres de décision, ceux-ci étant le plus souvent éloignés du lieu de leur mise en œuvre. Dans le cas contraire, ces représentants seraient confinés à un rôle de gestion des conséquences sociales de ces opérations puisque leur interlocuteur patronal sera en réalité privé du pouvoir de décision. A cet égard, il est frappant de constater que le droit communautaire organise la représentation des travailleurs dans ces centres de décision, à tel point qu'il n'est pas excessif aujourd'hui d'affirmer « l'existence d'un principe général de droit communautaire, le droit des travailleurs d'être informés et consultés sur les évènements de la vie de l'entreprise qui sont de nature à affecter substantiellement leur situation »5. Ce droit culmine dans la reconnaissance d'un droit à l'implication dans la société européenne (§ 1).

En revanche, ne peut-on considérer que la participation au processus décisionnel à une signification plus forte encore lorsqu'est rendue possible une négociation collective ? Sur ce point, le droit communautaire, s'il favorise le dialogue social institutionnel, régit peu les négociations collectives au sein de l'entreprise, même si celle-ci a un caractère transnational (§ 2). La pratique peine à pallier cette carence.

§ 1 : De l'information à l'implication des travailleurs

Ce n'est que très progressivement que se met en place un droit à l'information et à la consultation, par voie de directives successives. De surcroît, ce droit repose sur un nombre impressionnant d'instruments

^{5 -} P. Rodière, Droit social de l'Union européenne, LGDJ, 2è éd. 2002, p. 355.

juridiques internationaux⁶. Parmi ceux-ci on peut distinguer la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, déclaration adoptée en 2000, car elle consacre en son article 27 le « droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise » et prévoit que « les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales ».

Plus spécifiquement, le droit à l'information et à la consultation des travailleurs se met progressivement en place au niveau communautaire : de la directive 94/45/CE relative aux comités d'entreprise européens, en passant par la directive 2002/14 du 11 mars 2002 établissant un cadre général pour l'information et la consultation des travailleurs qui a donné naissance à la nécessaire implication des travailleurs dans les sociétés européennes... Les textes se complètent et se répondent. Ainsi la directive 2001/86/CE relative à l'implication des travailleurs dans la société européenne, transposée en France par la loi du 26 juillet 20057, est à l'évidence fortement inspirée de la directive relative aux comités d'entreprise européens. Néanmoins un gradation peut être remarquée dans les droits conférés aux travailleurs ou à leurs représentants, de l'information et la consultation vers l'implication.

A. Information et consultation

Les groupes et entreprises de dimension communautaire, c'est à dire les entreprises et ou groupes comportant des établissements ou entreprises dans au moins deux Etats membres sont assujettis au respect de la directive 94/45/CE. Néanmoins, seules les sociétés de dimensions importantes sont concernés du fait de la condition de seuil posée par la directive : seuls sont visés les entreprises et groupes employant au moins 1000 salariés dans la Communauté, dont au moins 150 dans deux Etats différents. En revanche, peu importe que le siège soit localisé hors Union. Dès lors que ces conditions sont remplies, la mise en place d'un comité d'entreprise européen est obligatoire, soit par la voie négociée, soit, en l'absence d'accord, par l'application des dispositions subsidiaires

^{6 -} La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux de 1989, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Charte sociale européenne de 1961 dans sa version révisée de 1996, plusieurs conventions et recommandations de l'OIT traitant de l'information et de la consultation des travailleurs dans l'entreprise, les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (recommandations certes non contraignantes, adressées aux entreprises par les gouvernements qui y ont souscrit ; ils constituent une référence en matière d'information, de consultation et de coopération entre direction et représentants des travailleurs).

 $^{7\}text{-L.}\ n^{\circ}\ 2005\text{-842}, 26\ juillet\ 2005 : J0\ 27\ juill.\ 2005, p.\ 12160.\ La\ directive\ sur\ l'implication des travailleurs dans la société européenne est transposée, LS Europe\ 2005, n°134, p.\ 2; H.\ Tissandier, La\ mobilité internationale des sociétés : le point de vue du travailliste, Cah.\ dr.\ entr.\ 2006, n°2, p.\ 48\ et\ s.$

de la directive⁸. La très grande liberté laissée aux négociateurs -composition du comité, compétences...- comparée à la rigidité des dispositions subsidiaires -communautaires comme nationales- montre la faveur accordée à ce mode de mise en place. La même remarque pourra être faite au sujet de l'implication dans la société européenne tant le modèle retenu est semblable.

S'il ne peut être question d'exposer le régime juridique issu de cette directive ou la jurisprudence qui y est relative, tant communautaire que nationale, on insistera néanmoins sur un point : l'accord de mise en place du comité doit être applicable à l'ensemble des travailleurs et il doit prévoir une information et une consultation au moins sur les questions transnationales°. La tendance des directions d'entreprise¹º semble d'ailleurs être d'élargir cette compétence à des questions n'intéressant qu'un établissement situé dans un Etat membre dès lors que la décision est prise ailleurs ou parce que cette décision est d'une importance particulière (fermeture d'entreprise ou d'établissement, licenciement collectif...). A tout le moins retiendra-t-on que cette directive de 1994 a été le point de départ de la reconnaissance du droit à l'information et à la consultation puisqu'elle impose la mise en place d'un organe de représentation nouveau ou du moins d'une procédure d'information et de consultation des travailleurs.

D'une toute autre ampleur encore est la directive 2002/14 dite directive « information-consultation » du 11 mars 2002 bien qu'elle ait moins attiré l'attention du fait de son faible impact en droit français. Car désormais ce sont toutes les entreprises employant au moins cinquante salariés et les établissements en employant au moins vingt qui sont concernés par les prescriptions minimales de ce texte. Désormais, ces salariés auront le droit d'être informés et consultés sur les évolutions récentes et à venir des activités de l'entreprise, les évolutions de l'emploi et notamment les éventuelles suppressions, ainsi que les modifications importantes dans l'organisation du travail ou les contrats de travail. Evidemment, les critiques n'ont pas manqué, qui soulignent en particulier la violation éventuelle du principe de subsidiarité née de l'ingérence dans les relations entre les sociétés nationales et leurs salariés, ou encore les conséquences importantes de la transposition de cette directive dans certains Etats. Et pourtant c'est bien là que réside la nouveauté : l'obligation dans une majorité d'entreprises de garantir le droit à l'information et à la consultation des travailleurs, dans tous les Etats membres -même dans ceux qui n'ont aucune tradition ou législation en ce sens.

^{8 -} Sur ces questions, v. P. Rodière, préc., p. 360 et s.

^{9 -} Les dispositions subsidiaires imposent en effet une compétence transnationale, c'est à dire qu'elle porte sur les questions intéressant l'ensemble de l'entreprise ou du groupe ou celles qui intéressent au moins deux établissements ou entreprises situés dans deux Etats membres différents.

^{10 -} Les nouvelles clauses des accords créant des CE européens, LS Europe 2002, n° 47, p. 1 ; Les CE européens s'adonnent au hors-piste, LS Europe 2003, n° 71, p. 1.

N'est-ce pas le signe que l'information et la consultation sont centrales dans la politique sociale mise en place au niveau communautaire ? L'implication marque le franchissement d'un pas supplémentaire.

B. L'implication¹¹

S'il a fallu plus de trente ans pour aboutir à la création de la société européenne, c'est essentiellement en raison des blocages sur la question de la représentation des travailleurs. Le résultat est un texte de compromis, complexe, dont la logique obéit essentiellement à trois principes¹²: ouvrir la possibilité de passer des accords librement consentis en tenant compte de la culture de l'entreprise, éviter d'imposer à tous les Etats un modèle de participation propre à un seul, empêcher que la participation déjà en place dans certains Etats puisse être contournée par le recours aux instruments européens. Cela revient à garantir que la mise en œuvre de la directive soit un instrument de progrès et non de régression. Tant la directive que la loi de transposition mériteraient une analyse fine, néanmoins seuls quelques point pourront être soulignés.

En premier lieu, le terme d'implication -nouveau tant en droit communautaire du travail que dans le droit national-suscite des interrogations. La directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, prévoit que l'on entend par implication des travailleurs « l'information, la consultation, la participation et tout autre mécanisme par lequel les représentants des travailleurs peuvent exercer une influence sur les décisions à prendre au sein de l'entreprise » (article 2h). La définition de l'implication est similaire dans la directive 2003/72/CE du 22 Juillet 2003 complétant le statut de la Société coopérative européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs. Cette définition suscite deux remarques. D'abord l'implication peut aller au-delà de l'information et de la consultation puisqu'elle inclut la participation. Ensuite, ne peut-on déceler dans le choix d'un terme nouveau et la mise à l'écart de la terminologie habituelle le reflet de la détermination des autorités communautaires à attribuer un rôle nouveau aux travailleurs et à leurs représentants, dans les sociétés européennes dans un premier temps et peut-être ensuite dans toutes les entreprises et groupes de dimension communautaire?

^{11 -} F. Collin, La société européenne, aspects de droit social, Dr. et Patrimoine. avr. 2004, p. 86 ; M.-A. Moreau, L'implication des travailleurs dans la société européenne, Dr. soc. 2001, p. 967 ; F. Meyer, La société européenne : aspects de droit du travail, Les Petites Aff. 16 avril 2002, p. 7 et s.

^{12 -} Ces principes ont été mis en lumière par F. Meyer, art. cit., spéc. p. 8.

En second lieu, la directive relative à la société européenne donne des définitions de l'information et de la consultation, certes similaires à celles des textes antérieurs mais cependant plus étendues.

On entend par information « le fait que l'organe représentant les travailleurs et/ou les représentants des travailleurs sont informés, par l'organe compétent de la SE, sur les questions qui concernent la SE elle-même et toute filiale ou tout établissement situé dans un autre Etat membre ou sur les questions qui excèdent les pouvoirs des instances de décision d'un Etat membre, cette information se faisant à un moment, d'une façon et avec un contenu qui permettent aux représentants des travailleurs d'évaluer en profondeur l'incidence éventuelle et, le cas échéant, de préparer des consultations avec l'organe compétent de la SE » (article 2i). Une innovation remarquable réside dans le fait que la transnationalité est appréciée différemment puisque sont considérées comme transnationales des questions qui intéressent un seul Etat membre dès lors que la décision a été prise ailleurs, introduisant ainsi une « déterritorialisation » des droits collectifs¹³.

La consultation réside dans « l'échange de vues et l'établissement d'un dialogue entre les représentants des travailleurs et l'employeur » (article 2g), et elle s'effectue à un moment, par des moyens et avec un contenu appropriés, au niveau pertinent de direction et de représentation, en fonction du sujet traité, sur la base des informations fournies par l'employeur (...) et de l'avis que les représentants des travailleurs ont le droit de formuler et en vue d'aboutir à un accord sur les décisions relevant des pouvoirs de l'employeur (article 4.4). Insistons sur cette formule qui fixe le principe de l'utilité de la consultation : elle doit permettre l'expression d'un avis susceptible d'être pris en compte avant la décision finale.

Pour autant information et consultation ne sont que des formes premières de l'implication : elles sont de ce fait obligatoires dans l'hypothèse de création d'une société européenne, contrairement à la participation. Celle-ci peut être définie comme « l'influence qu'a l'organe représentant les travailleurs et/ou les représentants des travailleurs sur les affaires d'une société en exerçant leur droit d'élire ou de désigner certains membres de l'organe de surveillance ou d'administration de la société ; ou en exerçant leur droit de recommander la désignation d'une partie ou de l'ensemble des membres de l'organe d'administration ou de surveillance de la société et/ou de s'y opposer » (article 2k)¹⁴.

^{13 -} M. A. Moreau, L'implication des travailleurs dans la société européenne, Dr. soc. 2001, p. 967.

^{14 -} Deux formes de participation sont prévues par le nouvel article L. 439-25 du Code du travail. La loi transpose les dispositions de la directive préservant les modes de participation des salariés existant dans les entreprises constituant la société européenne, analysées comme mettant en place le principe « avant-après » : l'objectif est d'éviter une négociation en retrait par rapport au niveau d'implication préexistant dans au moins une des sociétés et de préserver les droits acquis des travailleurs en matière de participation aux organes des gestion, selon les règles en vigueur dans chaque Etat membre.

Enfin, l'élément clé du nouveau dispositif est probablement la faveur de nouveau accordée à la mise en œuvre négociée¹⁵. La loi de transposition respecte cet esprit. La liberté de négociation est garantie à toutes les étapes de mise en place d'un processus d'implication. Et la sanction est rigoureuse : si les acteurs de la société ont toute latitude pour la mise en œuvre de l'implication des travailleurs (ce qui peut aller jusqu'à choisir de ne pas négocier pour s'en tenir à la législation nationale ou aux dispositions de référence de la directive), ils ont cependant une obligation de négocier sous peine d'interdiction d'immatriculation de la société européenne.

L'étude des dispositifs d'information et de consultation mis place par ces différentes directives permet de conclure que la reconnaissance des travailleurs comme acteurs de la société dont il convient de tenir compte ressort essentiellement de l'encadrement des conditions de la négociation¹⁶. Et désormais, que la société ait une structure nationale ou transnationale, elle doit avoir un organe de représentation, avec des prérogatives, à ce même niveau national ou transnational... La négociation n'est-elle pas d'ailleurs pas la voie à privilégier pour l'expression des salariés ?

§ 2 : La négociation collective sous l'influence du droit communautaire¹⁷

Le droit communautaire réglemente les accords collectifs de niveau communautaire, sectoriels ou intersectoriels. L'article 139 du Traité leur offre une base juridique. En particulier, les partenaires sociaux sont fortement impliqués dans la procédure normative au niveau communautaire puisqu'ils peuvent dessaisir les autorités communautaires de leur compétence en ce domaine.

En revanche, aucun dispositif n'a été mis en place autorisant ou facilitant la négociation collective dans les entreprises ou groupes de dimension communautaire. Pourtant, l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux consacré au « droit de négociation et d'action collective », prévoit que « les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas

^{15 -} Sur cette réflexion, H. Tissandier, art. préc.

^{16 -} En ce sens, G. Damy, La nécessité d'une approche renouvelée du droit social européen, TPS mars 2004, p. 4 et s.

^{17 -} Sur cette question, A. Lyon-Caen, La négociation collective dans ses dimensions internationales, Dr. soc. 1997, p. 68; B. Teyssié, La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe, Dr. soc. 2005, p. 982.

de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève ».

Or, une négociation transnationale peut être utile pour gérer des questions elles-mêmes transnationales, telles des délocalisations ou la mobilité au sein d'un groupe. Parmi les multiples questions posées, deux méritent particulièrement de retenir l'attention : quelles sont les parties à une telle négociation ? Quelle est la valeur juridique d'un accord issu de cette négociation ? Y répondre permet de constater que si le droit communautaire n'encadre pas ces négociations collectives, il leur donne les moyens d'exister.

Quant aux parties à la négociation tout d'abord. Deux hypothèses sont envisageables. La plus évidente n'est-elle pas de choisir de négocier avec l'instance de représentation mise en place dans l'entreprise ou le groupe de dimension communautaire, le comité d'entreprise européen? Celui-ci a déjà la plupart du temps été mis en place par la voie négociée, pourquoi ne serait-il pas l'interlocuteur pertinent en vue de conclure des accords ayant vocation à s'appliquer dans toutes les implantations européennes? Certes la directive de 1994 précédemment évoquée ne prévoit pas cette compétence, mais ce n'est guère un obstacle, ce que démontrent d'ailleurs les accords conclus avec des comités d'entreprise européens. Ces comités sont même dans certains cas élargis pour permettre une représentation mondiale et par conséquent une négociation mondiale... Autre hypothèse : l'accord pourrait être conclu avec une organisation syndicale transnationale, européenne ou internationale. Le droit communautaire crée donc le cadre d'un dialogue social transnational. Celui-ci est une expression du droit à la participation des travailleurs.

Dans les deux cas se pose cependant la question de l'autorité juridique de ces accords non reconnus par le droit communautaire. Si l'espoir existe qu'un cadre juridique soit créé à ce niveau, pour le moment les règles nationales doivent être respectées pour conférer force obligatoire à l'accord. Cela signifie que celui-ci doit soit être transposé dans chaque système national par la voie d'accords collectifs conclus dans le respect des règles nationales, soit être signé au niveau transnational par un syndicat représentatif au sens du droit français. Certains accords ont choisi cette voie.

Cette négociation collective dépassant les frontières autorise pour l'entreprise un processus permanent de restructuration prenant en compte le point de vue des salariés en amont de l'adoption de décisions économiques. Nul doute qu'elle soit appelée à se développer, participant, comme l'implication des travailleurs, d'une prise de conscience

que les travailleurs sont partie prenante -essentielle ?- de l'entreprise, devant à ce titre bénéficier d'une relative redistribution du pouvoir. Ces modes de participation ont aussi le mérite de favoriser la lisibilité des décisions économiques et leur acceptation par les salariés. Pour autant la vie des affaires ne se conjugue pas toujours harmonieusement avec les intérêts des travailleurs... Jusqu'à quel point faut-il favoriser la diffusion d'informations ?

Section II - Des limites aux pouvoirs des salariés : l'enjeu de l'information

La participation des salariés et de leurs représentants au pouvoir décisionnel implique une acceptation par l'employeur de cette redistribution –très relative- du pouvoir. Or, tant la pratique des entreprises et groupes de dimensions communautaires, mise en lumière par la Cour de justice, que les directives démontrent l'existence de limites. Il convient dans un premier temps (§ 1) de déterminer dans quelle mesure ces directions sont tenues de transmettre l'information. Puis, les directives garantissant un droit à l'information et à la consultation contiennent toutes une clause similaire relative à l'obligation de confidentialité des représentants du personnel. Une rapide présentation (§ 2) permettra d'exposer un arrêt récent de la Cour de justice, relatif au délit d'initié, c'est à dire à une obligation de secret renforcée en cas d'opération de bourse.

§ 1 : Une obligation d'information à la charge de l'entreprise ou des sociétés du groupe de dimension communautaire

Certes un droit à l'information et à la consultation se met en place progressivement, mais quelle information et à quel moment ? Une information tardive perdra bien évidemment tout intérêt. Quelques décisions de la Cour de justice et des juridictions nationales apportent des éléments de réponse qu'il convient d'exposer brièvement.

La Cour de justice a été saisie trois fois¹8 de questions relatives à la mise en place d'un comité d'entreprise européen. Certes, elles ne concernent pas l'information à transmettre à un tel comité après sa constitution, mais elles révèlent les difficultés liées à ce mode de représentation. Dans les trois hypothèses, les représentants des travailleurs n'arrivaient pas à obtenir les informations leur permettant de déterminer si leur entreprise

60

^{18 -} Pour une première approche de ces arrêts, v. Ce que la Cour de justice nous apprend sur la directive relative aux CE européens, LS Europe 2004, n°107, p. 8. ; CJCE 29 mars 2001, aff. C- 62/99, LS Europe 2001, n°32, p.2 ; CJCE 13 janvier 2004, aff. C- 440/00, LS Europe 2004, n°96, p. 5 ; CJCE 15 juillet 2004, aff. C- 349/01, LS Europe 2004, n°109, p. 5 ; N. Moizard, Chronique de jurisprudence communautaire et internationale, RJS 2005, p. 1.

appartenait à un groupe de dimension communautaire permettant la mise en place d'un comité européen. Dans un cas la société mère était située hors Union européenne. Au nom de l'effet utile de la directive, la Cour a à chaque fois imposé une obligation d'information à la direction centrale ou à son représentant dans l'Union européenne, mais aussi à toute entreprise appartenant au groupe, sans qu'aucune ne puisse se retrancher derrière la difficulté -réelle-pour ces mêmes entreprises de connaître cette information lorsque la direction centrale ne la diffuse pas... Cette obligation d'information concerne la structure du groupe, les entreprises qui la composent, ainsi que les coordonnées des représentants du personnel de ces entreprises. La Cour va jusqu'à imposer aux Etats de garantir le respect de cette obligation¹⁹ par les entreprises établies sur leur territoire: toutes ont l'obligation de transmettre l'information à leurs représentants du personnel si ceux-ci en font la demande, y compris lorsque la société n'est pas la direction centrale. Cette jurisprudence entreprenante tend assurément à faciliter la mise en place de comités d'entreprise européens face à des directions parfois réticentes...

Mais les juridictions françaises sont peut-être encore plus audacieuses, qui conjuguent droit français et droit communautaire dans le sens d'une protection renforcée du droit à l'information et à la consultation. La question posée au juge national est souvent celle du moment pertinent de la consultation : doit-elle être préalable à la décision, par exemple à une décision de restructuration ou de fermeture d'entreprise? Certes, en droit français, la consultation du comité d'entreprise est nécessairement préalable à la décision définitive. Mais les directives mentionnées précédemment n'évoquent rien de tel. On se reportera cependant utilement à l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles le 7 mai 1997²⁰ dans une affaire « Renault – Vilvoorde » dans lequel les juges se sont référés à l'effet utile de la directive pour imposer une consultation « en temps utile » soit, en l'espèce avant la décision de fermeture d'un établissement. Toutes les décisions accordent cependant une grande importance à l'accord de mise en place du comité d'entreprise européen et aux compétences que celui-ci se voit reconnaître. Quoi qu'il en soit, cette interprétation est dans la droite ligne du droit français relatif au comité d'entreprise²¹, et semble parfaitement compatible avec la jurisprudence de la Cour de justice qui vise à garantir les droits issus de la directive...

^{19 -} Cette obligation d'information n'existe pas en droit français.

^{20 -} M.-A. Moreau, A propos de l'affaire « Renault », Dr. soc. 1997, p. 493 ; v. aussi TGI Paris (référé) 9 avr. 2001, Marks et Spencer, SSL n°1024, p. 8 ; TGI Nanterre (référé) 1er août 2003, LS Europe 2003, n°86, p. 4 ; TGI Nanterre (référé), 29 octobre 2003, LS Europe 2004, n°99, p. 1.

²¹- Selon P. Rodière, « les décisions ont « engagé une interprétation de la directive, dans sa mise en œuvre française, qui est donnée à la lumière du droit français, non du droit communautaire incertain sur la question », Le cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans l'entreprise, Analyse de la directive du $11~\rm mars~2002, SSL~n°1098, p.~6.$

Mais l'essentiel est peut-être ailleurs, dans les obligations de confidentialité qui expriment vraisemblablement une défiance de principe envers les représentants du personnel. Le secret des affaires s'accommode mal de la transparence.

§ 2 : Une obligation de confidentialité

L'obligation de confidentialité peut être double. Ainsi dans la directive relative à l'implication des travailleurs dans la société européenne, cette confidentialité inclut la non-divulgation et la non-communication d'informations.

La non-divulgation signifie que les membres de l'organe de représentation ainsi que les experts qui peuvent être conduits à l'assister, ne sont pas autorisés à révéler à des tiers des informations qui leur ont été communiquées à titre confidentiel. La même obligation vaut à l'égard des représentants des travailleurs appelés à intervenir dans le cadre d'une simple procédure d'information et de consultation si tel est le mode d'implication retenu. Cette obligation pèse même après l'expiration du mandant. Peu importe l'activité qu'exercent les représentants, le lieu où ils l'accomplissent ou l'Etat sur le territoire duquel ils résident.

La non-communication autorise un Etat membre à prévoir, dans des cas spécifiques et dans des conditions et limites qu'il lui revient de fixer, que l'organe de surveillance et d'administration des sociétés européennes ou des sociétés participantes établies sur son territoire n'est pas obligé de communiquer aux représentants des salariés des informations dont la nature est telle que, selon des critères objectifs, leur divulgation entraverait gravement le fonctionnement de la société ou de ses filiales et établissements, ou porterait préjudice à ceux-ci . Cette dispense peut être soumise à autorisation administrative ou judiciaire préalable.

Cette dimension de confidentialité de l'information n'est pas inconnue du droit français, et cela se conçoit aisément. Une obligation de discrétion figure ainsi à l'article L. 225-37 C. com. pour les administrateurs, qu'ils soient non salariés. Une obligation similaire figure à l'article L. 225-92 C. com. pour les membres du conseil de surveillance, à l'article L. 432-7 C. trav. pour les membres du comité d'entreprise, à l'article L. 439-21 C. trav. pour les membres du comité d'entreprise européen... Cependant, d'emblée, on notera qu'obligation de discrétion ne signifie pas nécessairement confidentialité et que la formulation légale n'est peut-être pas d'une grande clarté. On peut considérer qu'elle signifie que les représentants du personnel ne doivent pas librement communiquer au public des documents relatifs à la vie privée d'une entreprise,

la liberté d'expression trouvant une limite dans le légitime secret des affaires. Du moins notre législation n'autorise-t-elle pas la non-communication d'informations dès lors que la loi en impose la transmission sauf, comme nous le verrons, dans une hypothèse. Une première question doit cependant être posée²² : celle de l'acceptabilité de la non-transposition des dispositions sur la rétention d'informations. Elle a déjà été posée lors de la transposition de la directive sur les comités d'entreprise européens, elle doit l'être à nouveau pour l'implication des travailleurs. Peut-on ne pas tenir compte des dispositions communautaires malgré la formulation catégorique des directives et les objectifs généraux affichés de celles-ci ? Une telle inaction des autorités nationales est-elle nécessaire et proportionnée, compte tenu notamment de la possibilité d'un contrôle administratif ou juridictionnel de l'exercice de cette prérogative²³ ?

Il faut cependant signaler que, en dépit de l'importance qui y est attachée dans certains milieux patronaux, les situations de divulgation publique d'informations sensibles préjudiciables à l'entreprise n'ont jamais été généralisées et sont de moins en moins fréquentes. Les litiges sont rares. Cependant la Cour de justice a été saisie d'un renvoi préjudiciel qui porte directement sur ce type de règles.

L'arrêt rendu le 22 novembre 2005 par la Cour de justice²⁴, s'il ne concerne pas directement le droit à l'information et à la consultation, n'en est pas moins éclairant, au moins parce qu'il est le premier sur cette question. Il éclaire « les tensions générées dans les systèmes juridiques nationaux par la rencontre entre le droit commercial et le droit du travail, par la nécessité de concilier les règles préservant le secret des affaires et la vocation des travailleurs à être informés et consultés sur les décisions susceptibles d'affecter leurs conditions de travail et d'emploi »²⁵. La Cour devait déterminer dans quelles circonstances et conditions les initiés peuvent être autorisés à communiquer des informations privilégiées à un tiers dans le cadre normal d'exercice de leur travail, de leur profession ou de leurs fonctions. Etait en cause la directive 89/592/CE du Conseil du 13 novembre 1989 concernant la coordination relative aux opérations d'initiés.

L'intérêt de l'arrêt vient du fait que le premier prévenu était un membre du conseil d'administration désigné par le personnel, représentant en outre d'un syndicat professionnel au sein du comité de

^{22 -} F. Vasquez, Liaisons sociales Europe, Les synthèses, L'implication des travailleurs dans la société européenne, sept. 2003, p. 104 et s.

^{23 -} Op. cit., p. 105.

^{24 -} CJCE 22 nov. 2005, aff. C- 384/02, Knud Grongaard, Allan Bang, obs. E. Lafuma, RJS 5/06.

^{25 -} E. Lafuma, préc.

liaison du groupe. Le second prévenu était le président de ce syndicat comptant environ 50 000 membres... Après avoir assisté à une réunion extraordinaire du conseil d'administration de la banque, le délégué du personnel a communiqué au président de son syndicat les informations relatives à l'engagement de négociations de fusion avec une autre banque danoise. Le président lui-même a consulté alors ses deux vice-présidents ainsi qu'un collaborateur au secrétariat du syndicat, en leur communiquant les informations reçues.

Même si les dispositions communautaires et nationales en matière d'information et de consultation des travailleurs, et notamment celles relatives à l'exigence de confidentialité, ne sont pas directement en cause, il semble difficile de les ignorer dans le cadre de l'appréciation de cette affaire. On songe en ainsi à la formule de l'article 6 paragraphe 1 de la directive 2002/14, particulièrement intéressante : « un Etat membre peut autoriser les représentants des travailleurs et toute personne qui les assiste à transmettre des informations confidentielles à des travailleurs et à des tiers liés par une obligation de confidentialité ».

Si l'on s'en tient à la directive 89/352, elle interdit aux personnes disposant d'informations privilégiées de les exploiter et de les communiquer sauf dans le cadre normal de leur travail, de leur profession ou de leurs fonctions. Selon la Cour, cette exception doit recevoir une interprétation stricte. Elle poserait la condition d'un lien étroit entre cette communication et l'exercice des fonctions, la communication devant être de surcroît strictement proportionnée, c'est à dire nécessaire à l'exercice d'un travail, d'une profession ou fonction, et il en va de même de communications successives. Il appartient toutefois aux Etats membres de décider ce qui doit être considéré comme relevant d'un exercice normal. La question de savoir si la communication d'informations privilégiées par le délégué du personnel au président de son organisation professionnelle relève de l'exercice normal de ses fonctions dépend donc des règles régissant ses fonctions dans le système juridique national. Il en va de même pour le président du syndicat. La Cour fixe des limites à l'interprétation du droit national : la juridiction nationale devra « mettre en balance la nécessité de réagir face à des compressions d'effectifs potentielles dues à la fusion envisagée et le risque que l'égalité entre les investisseurs puisse être rompue sur le marché secondaire »²⁶. Mais il est également évident que pour départager les parties, la juridiction nationale devra aussi tenir compte des droits des travailleurs à être informés et consultés, droits que l'on peut considérer comme relevant de l'ordre juridique communautaire en tant que principes généraux résultant des traditions constitutionnelles communes

^{26 -} V. conclusions Av. gén., point 7.

aux Etats membres... Priver les initiés du droit de répercuter l'information reçue à l'organe dont ils émanent « ne vident-ils pas de sens la faculté qui leur est reconnue d'assister aux séances d'un conseil d'administration »²⁷ par exemple ? Ne peut-on alors soutenir que la communication de l'information se fait nécessairement dans le cadre des fonctions ? Certes, en droit français, un écueil majeur se présente : en application de la loi du 18 janvier 2005, le chef d'entreprise n'est plus tenu de consulter son comité d'entreprise sur une OPA ou OPE pourtant sur le capital d'une entreprise, hypothèse de non-divulgation autorisée d'information, conforme à la directive 2002/14 précédemment évoquée. N'est-ce pas le signe que le droit du travail a d'ores et déjà intégré le risque généré par la divulgation d'informations privilégiées²⁸ ?

Comment mieux illustrer le conflit d'intérêt porté par le droit communautaire, et qui traverse le droit de l'entreprise lorsque l'on privilégie la prise en compte des intérêts des salariés dans les processus décisionnel?

^{27 -} E. Lafuma, préc.

^{28 -} E. Lafuma, préc.



LES DROITS DES SOCIETES DANS L'UNION EUROPEENNE : ENTRE CONCURRENCE ET EQUIVALENCE

Véronique Magnier Professeur à l'Université Paris Sud XI

L'harmonisation du droit des sociétés dans l'Union européenne s'est toujours heurtée, jusqu'à aujourd'hui, à beaucoup d'obstacles et d'interrogations, et cela essentiellement en raison de la place très particulière du droit communautaire en cette matière. D'un côté, en effet, un impératif est imposé aux Etats, celui de respecter la liberté d'établissement des sociétés visée à l'article 48 du traité, laquelle ne les oblige à rien d'autre qu'à supprimer toute discrimination à l'encontre des sociétés régulièrement constituées dans un autre Etat membre et à les traiter à l'égal des sociétés « nationales » situées sur leur propre territoire. Tel est leprincipe du traitement national, qui appelle une harmonisation en creux pour ainsi dire, dont l'objet est d'éliminer tout obstacle à la liberté offerte aux sociétés de s'établir dans l'Union européenne, sans chercher un réel rapprochement des droits. D'autant que l'objectif économique assigné aux entreprises européennes d'acquérir une « taille critique » et de devenir plus compétitives sur le plan international peut être atteint sans avoir à mener une véritable réflexion juridique sur le droit des sociétés. En revanche, c'est de cette mobilité accrue des sociétés qu'est sans doute résultée une mise en concurrence plus sévère entre les droits des Etats membres.

D'un autre côté, les autorités communautaires ont reçu pour mission, aux termes de l'article 44§2g du traité (TCE), de statuer par voie de directive pour coordonner, dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties... exigées, dans les Etats membres, des sociétés, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers. Vu l'insertion de cet article au sein du chapitre consacré à la liberté d'établissement des sociétés, son objet semble bien être de participer à la mise en œuvre de cette liberté. La mission de coordination irait donc de pair avec la mise en place de la liberté d'établissement. De là à faire de l'harmonisation du droit, et du droit lui-même, l'instrument privilégié de la construction communautaire, il n'y avait qu'un pas.

Face à ce couple difficile à assortir, la Commission fit valoir que l'harmonisation des droits des sociétés était un préalable à la liberté

d'établissement¹, celle-ci entreprenant alors une œuvre d'harmonisation, voire d'unification, de grande ampleur². Lui faisant écho, la Cour de justice posa dans un premier temps que la liberté d'établissement n'était possible sans une coordination première des droits entre eux, ni un accord des Etats membres sur le transfert du siège social³. Ce n'est que dans un second temps que la Cour refusa l'argument fondé sur un défaut d'harmonisation préalable des législations internes pour limiter la liberté d'établissement des entreprises et qu'elle consacra au contraire la réalisation immédiate de cette liberté. L'une des justifications à cette solution était que les règles communautaires d'harmonisation ne visaient pas à établir un certain nombre de droits garantis par le traité, mais simplement à en faciliter l'exercice. Il va sans dire que la solution paraît plus aisée à énoncer aujourd'hui, du fait précisément du travail d'harmonisation opéré en amont. Elle n'est d'ailleurs pas dénuée d'ambiguïté. Tout en favorisant la concurrence des droits entre eux, elle constitue un signal fort à l'endroit des Etats pour les pousser à persévérer dans l'effort d'harmonisation, ou tout au moins à opposer une moindre résistance à cette œuvre d'harmonisation4.

Car résistance il y a eu, nourrie depuis toujours par une opposition fondamentale entre modèles sociétaires identifiés comme étant le modèle « rhénan »⁵ et le modèle libéral. La caractéristique essentielle d'une telle opposition résulte de deux conceptions irréductibles du mode d'organisation sociétaire, l'une reposant sur le modèle *shareholder*, l'autre sur le modèle *stakeholder*. La présence de droits plus atypiques,

^{1 -} Rapport fait au nom de la Commission du Marché intérieur au Parlement européen le 9 mai 1966 sur la proposition de la Commission de la CEE au Conseil (doc. 10/1964-1965), Rev. trim. dr. eur. 1965, 434 et s. rapport présidé par M.C. Berkhouwer.

^{2 -} Alors qu'au début, une seule directive devait suffire à assurer ces garanties, ce sont presque quinze directives et règlements qui ont finalement été mis en place. Les directives touchent à des questions aussi diverses que la constitution et le capital des sociétés (Directive CE du 9 mars 1968, JOCE L. 65, Publicité légale, validité des engagements sociaux et nullité des sociétés, modifiée par la directive CE du 15 juillet 2003) ; Directive CE du 13 décembre 1976, JOCE L 26, modifiée par la directive CE du 23 novembre 1992 et par la directive CE 2006/68/CE du 6 septembre 2006 (Constitution de la société anonyme, information des tiers et protection du capital social); Directive CE du 21 décembre 1989, JOCE L 395 (Publicité des succursales); Directive CE du 21 décembre 1989, JOCE L. 395 (SARL à associé unique); les comptes sociaux et consolidés ainsi que leur contrôle (Directive CE du 25 juillet 1978, JOCE L 222 (Comptes annuels); Directive CE du 13 juin 1983, JOCE L 193 (Comptes consolidés); Directive CE du 10 avril 1984, JOCE L 126, modifiée par la directive 2006/43 (Contrôle des comptes) ; les opérations de restructuration telles les fusions et les OPA (Directive CE du 9 octobre 1978, JOCE L 295 (Fusion des sociétés anonymes); Directive CE du 17 décembre 1982, JOCE L 378 (Scission des sociétés anonymes) ; Directive 2005/56 du 26 octobre 2005 (fusions transfrontalières des sociétés de capitaux); Directive 2004/25 sur les offres publiques d'acquisition, 21 avril 2004, JOUE n°L 142, 21 avril 2004 commentée par Th. Bonneau, JCP 2006, I, 134; sans négliger la mise en œuvre attendue de la société européenne (Règlement 2157/2001, JOCE L 294 du 10 novembre, 1 et Dir. 2001/86 du 8 octobre 2001, JOCE L 294 du 10 novembre, 22). Le projet ambitieux d'élaborer un droit des groupes sur le modèle allemand est pour l'instant abandonné, de même que l'harmonisation de l'organisation interne des sociétés dont quelques recommandations récentes sur la gouvernance des sociétés peinent à prendre le relais. Lorsque la possibilité de transfert international du siège social sera acquis, l'essentiel des règles relatives aux sociétés sera harmonisé à l'échelon communautaire, et l'œuvre en la matière sera, semble-t-il, achevée.

^{3 -} CJCE 27 septembre 1998, aff. 81/87, Daily Mail, Rec. 5483.

^{4 -} H. Muir Watt, comm. sous Inspire Art, RCDip 2003, n°4.

^{5 -} Expression empruntée à M. Albert, Capitalisme contre capitalisme, éd. Seuil, coll. Points Actuels, Paris 1991.

comme l'est traditionnellement le droit français, n'a d'ailleurs pas rendu la tâche européenne plus aisée et l'élargissement continu de l'Europe à neuf, quinze puis plus de vingt-cinq Etats membres laisse augurer de difficultés plus grandes encore. De là le recours à des méthodes de rapprochement assouplies telles l'harmonisation *a minima*, la multiplication d'options offertes aux Etats et autres compromis législatifs en tout genre. L'idée de fractionner les difficultés s'est également imposée, donnant naissance à des directives d'harmonisation sectorielle. Et ce phénomène est allé en s'amplifiant au fur et à mesure des domaines abordés, comme l'illustre l'harmonisation des opérations de fusion réalisée à l'échelon national, avant que les fusions transfrontalières puissent voir le jour.

Ainsi, les objectifs de compétitivité et d'efficacité économiques reconnus à la construction communautaire obligent à relever un véritable défi : mettre en place une logique juridique binaire visant à assurer la mobilité des sociétés tout en conservant le souci de parvenir à une équivalence des garanties offertes aux associés et aux tiers. Une telle logique est donc source de complexité : de la liberté ainsi offerte aux sociétés est née une mise en concurrence entre les droits que leur mise en équivalence doit pouvoir atténuer. Concurrence et équivalence des droits, souvent présentées comme contradictoires, sont en réalité complémentaires. Dresser un bilan de cinquante années d'activité juridique en matière de droit des sociétés conduit donc à apprécier l'équilibre atteint entre ces deux impératifs : la mise en concurrence des droits d'un côté (section I), et leur mise en équivalence de l'autre (section II).

Section I - Concurrence des droits

La concurrence entre droits résulte de la mise en œuvre du principe de liberté d'établissement acquise depuis la jurisprudence notable de la Cour de justice des Communautés européennes, plus précisément des arrêts Centros⁶, Uberseering⁷ et Inspire Art⁸. Elle concerne bien entendu le droit, classique, des sociétés (§ 1), mais elle a acquis une nouvelle expression avec l'avènement récent d'un droit spécial applicable aux sociétés européennes (§ 2).

^{6 -} L'arrêt Centros libéralise le droit pour une société d'établir une succursale dans l'Etat de son choix : CJCE 9 mars 1999, aff. C-212/97, concl. A. La Pergola, D. 1999, 550, note M. Menjucq ; JCP E 1999, chr. 1285, obs. Y. Reinhard ; Bull. Joly 1999, 705, note J. -Ph. Dom ; JDI 2000, 484, obs. M. Luby.

^{7 -} L'arrêt Uberseering impose la reconnaissance de la personnalité juridique d'une société exerçant sa liberté d'établissement : CJCE 5 mars 2002, aff. C-208/00, JCP E 2003, note M. Menjucq ; Bull. Joly sociétés 2003, 452, note M. Luby; Europe 2003, comm. n°19, L. Idot; RCDip 2003, 508, note P. Lagarde; Rev. Soc. 2003, 315, note J.-Ph. Dom; *Adde** T. Ballarino, Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement, RCDip 2003, 371.

^{8 -} L'arrêt Inspire Art consacre la libéralisation du rattachement des sociétés : CJCE 30 septembre 2003, aff. C-167/01, JDI 2004, 591, note M. Luby ; JCP 2004, II, 10002, note M. Luby ; D. 2004, jur. 491, note E. Pataut; Rev. crit. DIP 2004, 151, obs. H. Muir Watt ; JDI 2004, 917, note M. Menjucq et notre note, JCP E, 2004, 251.

§ 1 : Concurrence et sociétés (hors société européenne)

Le champ d'application du droit communautaire reste relativement étroit. Sa réglementation vise d'abord les grandes sociétés, à titre principal les sociétés anonymes et, le cas échéant, les sociétés à responsabilité limitée⁹, bien qu'elle hésite moins aujourd'hui à recourir à des critères plus larges pour intégrer les petites et moyennes entreprises, comme le révèle la directive sur les fusions transfrontalières¹⁰. La jurisprudence, quant à elle, ne distingue pas selon les formes de sociétés. La mise en concurrence des droits affecte donc l'ensemble des sociétés. Il est pourtant permis d'augurer que les évolutions seront différentes, la différence étant fonction du degré d'ouverture du capital de la société au public : pour les sociétés non cotées (A), la concurrence devrait conduire à un assouplissement des règles, tandis que pour les sociétés cotées, ce serait vers une augmentation des contraintes que le droit tendrait (B).

A. Vers un droit des sociétés non cotées plus souple

L'arrêt Centros consacre la liberté de choix du rattachement juridique d'une société par ses fondateurs. Il pose que le choix de l'Etat de constitution par les fondateurs « dans le but exclusif d'écarter les dispositions de la loi du pays d'accueil du siège réel ne suffit pas à démontrer l'existence d'un comportement abusif et frauduleux ». Concrètement un ressortissant d'un Etat membre se voit reconnaître le libre choix de constituer une société dans un Etat tout en exerçant l'essentiel de son activité dans un autre Etat membre. La liberté d'établissement implique donc qu'une société puisse élire son siège social dans quelque pays que ce soit sans que cela préjuge de son lieu réel d'activité, et dans la mesure où ce lieu détermine mécaniquement la loi applicable cette société peut choisir *de facto* sa *lex societatis*. La liberté d'établissement consacrerait en quelque sorte la loi d'autonomie en matière de société.

Dès lors qu'une société peut choisir librement sa loi, elle n'hésitera pas à mettre les législations en concurrence pour se soumettre à celle qui lui convient le mieux. Puisque la fraude à la loi ne constitue pas aujourd'hui une réelle menace, il est tout à fait concevable qu'elle élira la loi la moins contraignante. Ainsi, une société désireuse de pénétrer le marché allemand pourra le faire sans avoir à se constituer dans cet Etat, éludant ainsi les règles contraignantes qu'il s'agisse des conditions

^{9 -} Certains textes sont mêmes spécifiques à la SARL, comme celui relatif à la SARL unipersonnelle (v° réf. *supra*, note 2).

^{10 -} Ce texte donne toute latitude pour permettre des fusions transfrontières avec -ou entre- des PME, entreprises auxquelles le statut de SE ne peut convenir vu leur faible dotation en capital au regard des 120 000 euros exigés pour ce dernier type de société.

relatives au capital social, de l'exercice dualiste de la gestion ou du régime de la cogestion. Il lui suffira pour cela de s'incorporer en Angleterre et d'exercer ensuite son droit d'établissement en installant une succursale sur le territoire allemand. Il apparaît bien que la CJCE favorise ici ce qui avait toujours fait l'objet de crainte, à savoir l'émergence d'un effet *Delaware* en Europe. Faut-il pour autant le redouter ? il est d'ores et déjà possible d'observer un alignement des droits nationaux sur le régime le plus souple, comme l'illustre le choix de l'Allemagne, autrefois chantre du siège réel, d'adopter la théorie de la corporation.

Un arrêt rendu par la Cour de justice le 13 décembre 200511 à propos d'une opération de fusion transfrontière vient étendre les effets de cette jurisprudence. Selon sa solution, les articles 43 et 48 TCE s'opposent à ce que, dans un Etat membre, l'inscription au registre national du commerce de la fusion par dissolution sans liquidation d'une société et par transmission universelle du patrimoine de cette dernière à une autre société soit refusée de manière générale lorsque l'une des deux sociétés a son siège dans un autre Etat membre, alors qu'une telle inscription est possible sous certaines conditions. La liberté de choix offerte aux sociétés s'étendant ici aux opérations de restructuration entre sociétés, et ce avant même la mise en place de la directive sur les fusions transfrontalières et les garanties qu'elle offre aux tiers ou aux actionnaires minoritaires. Il est certain que la mise en concurrence des droits des sociétés allant croissant, ceux-ci seront réformés de manière à offrir plus grande souplesse et efficacité. Les modifications apportées récemment tant à la société anonyme¹² qu'à la SARL¹³ témoignent d'une telle prise de conscience de la part du législateur français.

B. Vers un droit des sociétés cotées plus contraignant

Pour les sociétés cotées, la question se pose différemment. Certes, n'est ni discuté ni discutable le fait que les sociétés cotées bénéficient tout autant de la liberté d'établissement que les sociétés non cotées puisque les arrêts rendus par la CJCE le sont dans des termes très généraux. Mais ils ne concernent que le droit des sociétés *stricto sensu*. Or, dans le même temps, les sociétés cotées sont tributaires des impératifs du marché, qui imposent des critères élevés de transparence et de protection. La concurrence existe donc bien également pour ces sociétés et est même renforcée du fait d'une mise en concurrence des marchés nationaux. Toutefois les impératifs du marché orientent cette concur-

^{11 -} M. Luby, Liberté d'établissement des sociétés et fusion transfrontalière, CJCE, 13 déc. 2005, *Sevic Systems*, D. 2006, 451.

^{12 -} Loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises (JO 3 août 2005) et de la loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie.

^{13 -} Ordonnance n°2004-274 du 25 mars (JO 27 mars).

rence vers un droit plus contraignant, dans lequel certains commentateurs voient poindre une course à l'excellence pour les sociétés cotées¹⁴ en même temps qu'une nouvelle typologie des sociétés¹⁵.

L'intégration financière est relativement récente en Europe. Malgré une Directive sur les services d'investissement de 1993, les clivages et cloisonnements nationaux sont restés très marqués jusque là. Le Plan d'action pour les services financiers (PASF), lancé en 1999, a permis de relancer l'harmonisation du droit dans ce domaine, l'objectif étant de rétablir la confiance sur les marchés et de délivrer aux investisseurs des informations fiables¹⁶ tout en assurant une plus grande concurrence entre marchés. Ce dernier objectif pourrait être atteint grâce à la transposition de la directive-cadre sur les marchés et instruments financiers¹⁷ puisqu'elle pose que les marchés réglementés vont désormais devoir coexister avec des marchés non réglementés (probablement réservés aux professionnels) soumis à des contraintes moindres, et qu'elle consacre l'internalisation des négociations, ce qui devrait permettre aux établissements bancaires et aux entreprises d'investissement de négocier l'offre et la demande en dehors de tout marché¹⁸.

Parallèlement, des directives d'application¹⁹ visent à préciser les garanties offertes au public. Ainsi, des règles de protection *a minima* devraient conduire à une harmonisation spontanée des droits mais dans un sens protecteur, les Etats membres ayant tout intérêt à être attractifs pour les intervenants qu'ils soient émetteurs, intermédiaires ou surtout investisseurs. Dans ce sens, la directive 2003/71 sur le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation permet à l'Etat membre d'origine de la société émettrice d'imposer à celle-ci des obligations de transparence plus strictes que celles prévues par la directive, ce qui devrait engendrer une *stimulation entre droits boursiers*²⁰.

^{14 -} A. Pietrancosta, La modernisation des voies de l'harmonisation européenne du droit boursier, *in* Internormativité et réseaux d'autorités, dir. L. Idot et S. Poillot-Peruzzetto, Petites. Aff. 2004, n°200, 13.

^{15 -} V° P.-H. Conac, La distinction des sociétés cotées et non cotées, *in* Colloque Gavalda : Incidence des normes européennes sur le droit français des sociétés, Rev. soc. 2005, 67.

¹⁶⁻Sur ces textes, v. M. Luby, Droit communautaire des sociétés en 2004 : cap sur la transparence !, Droit des sociétés 2005, Etude 5.

 $^{17 - \}text{Directive } 2004/39 \text{ concernant les marchés et instruments financiers}, 21 \text{ avril } 2004, \text{JOUE } \text{n}^{\circ}\text{L} \, 145, 30 \text{ avril } 2004.$

^{18 -} Pour une appréciation nuancée de ce nouveau système de négociation, v° P. Subiger, L'internalisation des ordres de bourse, Bull. Joly Bourse 2006, §162, 703.

^{19 -} Directive 2004/72/CE portant modalités d'application sur les abus de marché, 29 avril 2004, JOUE n°L 162, 30 avril 2004 ; Directive 2004/109/CE sur les obligations de transparence en matière d'information, 15 décembre 2004, JOUE n°L 390, 31 décembre 2004. Il convient d'ajouter la directive 2003/71 relative au prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs, ou en vue de l'admission à la négociation de valeurs mobilières, directive du 4 novembre 2003, JOCE n°L 345, 31 décembre 2003 et le règlement d'application 809/2004 (prospectus) 29 avril 2004, JOUE n°L 149, 30 avril 2004.

^{20 -} Pour le détail de ces exemples, v° A. Piétrancosta, op. cit., 14.

Le choix de la loi de l'Etat d'origine constitue en effet un choix stratégique pour les sociétés cotées, choix dont l'importance ne sera pas même entachée par l'effet de la multi-cotation des titres (du fait de l'application élargie du principe de reconnaissance mutuelle des agréments et approbations accordés par l'autorité compétente de l'Etat d'origine). Allant plus loin encore, la directive sur les OPA impose une transparence renforcée des sociétés cotées, tout en incitant à la mise en concurrence des droits. Ainsi, elle accorde à l'émetteur dont les titres sont pour la première fois admis à être négociés simultanément sur plusieurs marchés réglementés dans divers Etats membres le choix de déterminer l'autorité compétente pour le contrôle de l'offre.

De cette double intégration, juridique et financière, les repères strictement nationaux ressortent brouillés. On en retiendra une typologie rénovée des sociétés, qui tend à isoler du reste des formes sociétaires la société de capitaux, grande bénéficiaire du marché unique et destinataire privilégié des textes communautaires, surtout si elle est cotée. Sans oublier cette sorte de *globalisation juridique* qu'entraîne la porosité constatée entre toutes les branches du droit qui touchent aux sociétés, porosité qui avait déjà été envisagée aux premières heures de l'harmonisation²¹. Ce ne sont donc pas seulement les droit des sociétés *stricto sensu* qui sont mis en concurrence, mais, plus largement, les droits comptables, boursiers, voire les différentes législations du travail. Ce phénomène de globalisation favorisant la concurrence entre droits se retrouve, accentué, dans la société européenne.

§ 2 : Concurrence et société européenne

L'entrée en vigueur du règlement 2057/2001 du 8 octobre 2001 créant le statut de société européenne, et de sa directive d'accompagnement 86/2001 relative à l'implication des travailleurs dans ce type de société est venue enrichir le processus d'harmonisation de type concurrentiel des droits des sociétés. En effet, la comparaison opère désormais à un double niveau : elle œuvre à la fois entre deux types de sociétés, la société anonyme et la société européenne relevant d'une même législation, mais également entre SE relevant de droits différents. Toutes les deux empruntent au pouvoir d'attraction de la société européenne. On retiendra toutefois que la première comparaison, SA-SE, conduit à s'interroger sur l'avantage comparatif de cette forme sociale qu'est la SE et touche donc à sa spécificité (A), tandis que la comparaison entre SE concerne plus spécifiquement ce qu'il est convenu d'appeler l'attractivité qu'une société européenne relevant d'un certain droit peut offrir par rapport à ses homologues dans d'autres législations (B).

²¹⁻V. Rapport Berkhouwer, précité; V. infra, II.

A. La spécificité de la SE

Certains systèmes juridiques d'Europe, dont le droit français, n'ont pas coutume de raisonner en terme de concurrence. Si, pourtant, on cède à ce phénomène très présent aujourd'hui dans le droit communautaire, il est permis de s'interroger sur l'intérêt qu'aurait un entrepreneur à constituer sa société sous forme de société européenne, par rapport au choix classique de la société anonyme ou encore de la société à responsabilité limitée.

L'un des objectifs assigné à la société européenne était de permettre une adaptation des structures de production à la dimension communautaire par une mise en commun du potentiel des entreprises et des opérations de restructuration à grande échelle²². A n'en pas douter, la société européenne devrait répondre à cet objectif. Un auteur n'hésite d'ailleurs pas à lui attribuer trois fonctions, voyant dans la société européenne un outil de concentrations transfrontalières, un outil de mobilité au sein de l'Union et un outil de rationalisation des structures juridiques²³. Un outil de concentration, certes, puisque trois de ses modes de constitution sont en réalité des opérations de concentration : la fusion entre sociétés ayant leur siège dans des Etats membres différents, la création d'une holding sous forme de SE, ou encore la création d'une filiale commune sous forme de SE. Cette spécificité sera toutefois réduite lorsque la directive 2005/56/ CE du 26 octobre 2005, une fois transposée, permettra à un grand nombre de sociétés, et même à des PME, d'opérer une fusion transfrontalière²⁴. Sans compter que le Règlement ne devrait pas s'appliquer lorsqu'une société européenne, constituée, souhaitera fusionner et qu'elle sera alors traitée comme n'importe qu'elle autre société.

Existe ensuite la possibilité pour la société européenne de pouvoir opérer un transfert intra-communautaire de son siège social²⁵. Cette reconnaissance, opportune pour les sociétés européennes, vient combler une lacune du droit international privé commun. En la matière, en effet, le transfert international du siège social reste une chose en pratique impossible pour des sociétés relevant de droits qui, comme le droit français, adoptent partiellement le système du siège social réel. En transférant son siège, la société change en effet de loi applicable.

^{22 - «} A cette fin, il est indispensable que les entreprises dont l'activité n'est pas limitée à la satisfaction de besoins purement locaux puissent concevoir et entreprendre la réorganisation de leurs activités au niveau communautaire » (cons. 2 Règlement 2057/2001).

^{23 -} M. Menjucq *et alii*, La société européenne : un nouvel instrument au service des groupes de sociétés, D. 2007, chr., 30 ; *Adde* . M. Menjucq, Rattachement de la société européenne et jurisprudence communautaire sur la liberté d'établissement : incompatibilité ou paradoxe, D. cah . aff. Act., 2874.

^{24 -} Cette transposition est prévue pour le 15 décembre 2007. Déjà l'arrêt Sevic rend d'ailleurs possible ce type d'opérations.

^{25 -} Le règlement 2057/2001 apporte une innovation majeure lorsqu'il pose, en son article 8, le principe selon lequel le siège statutaire (c'est-à-dire réel) de la société européenne peut être transféré d'un Etat dans un autre Etat membre sans qu'il y ait dissolution de la société ni atteinte à sa personnalité juridique.

Or c'est de cette lex societatis qu'une société tire l'existence de sa personnalité morale. C'est pourquoi l'article L. 225-97 du Code de commerce n'autorise l'assemblée générale extraordinaire à changer la nationalité de la société qu'à la condition de recueillir l'unanimité ou que le pays d'accueil ait conclu avec la France une « convention spéciale » permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire en conservant à la société sa personnalité juridique. Sur le plan fiscal, le transfert international du siège a traditionnellement pour effet de dissoudre la société au regard de la loi de son siège et l'oblige à se reconstituer selon la loi du nouveau siège. Aujourd'hui réformée sur ce point, la législation fiscale rend possible le report d'imposition sous réserve que la société conserve un état stable sur le territoire français. La mobilité de la société européenne est rendue nettement plus aisée que celle des sociétés anonymes de pur droit national, la 14ème directive d'harmonisation sur le transfert de siège d'un Etat membre à l'autre étant toujours bloquée à ce jour aussi bien sur le plan juridique que fiscal²⁶.

Il est pourtant des cas où la SE pourra se trouver soumise à de plus lourdes contraintes que les sociétés de droit national. Celles-ci bénéficient en effet de la liberté d'établissement telle qu'interprétée par la CJCE. Pour la société européenne, cette liberté est contrainte par l'obligation qu'elle a d'avoir son siège statutaire dans le même Etat que son siège réel d'activité, ce dont il résulte qu'elle n'aura ni le choix du lieu de sa constitution ni celui de sa loi²⁷. Une telle restriction dès la formation de la société réduit considérablement le pouvoir d'attraction de la société européenne, à l'avantage d'un autre type de société. Par ailleurs, et sauf à considérer la protection des salariés comme un progrès²⁸, il convient enfin de souligner que les contraintes liées à l'implication des travailleurs dans la société européenne puisse être source de lourdeur, créant une forte incitation pour les entrepreneurs à préférer constituer leur entreprise sous forme de société anonyme de type classique, ou encore à réaliser une fusion avec des sociétés qui ne connaissent pas de régime de participation des salariés. Reste le facteur de rationalisation que l'on reconnait volontiers à la société européenne, mais il serait dommage de réduire ce type de société à un simple outil de restructuration!

^{26 -} Toutefois, on peut être surpris de constater que la question cruciale du transfert international du siège social de la société européenne ne comporte pas de régime fiscal, hormis l'article 7 du règlement selon lequel le transfert du siège statutaire entraînera le transfert de la résidence fiscale. Or, une part importante des obstacles à la reconnaissance de la continuité de la personnalité morale lors d'un transfert international du siège relève, en droit international privé, d'une vive et compréhensive opposition des Etats à voir partir des sociétés prospères sans pouvoir les imposer sur leurs bénéfices et leurs plus-values latentes. C'est pourquoi, en France notamment, prévaut le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés qui fonde l'imposition sur l'activité réalisée sur le territoire national et de dissolution de la personne morale.

²⁷⁻ Une autre contrainte a été relevée par M. Menjucq : la société doit avoir son lieu de décision dans l'Etat où elle est immatriculée, alors que ses dirigeants pourront être résidents d'Etat membres autres que celui où se situe le siège statutaire de la société, préc. p. 2876.

^{28 -} V. infra, II.

B. L'attractivité des sociétés européennes

La hiérarchie des règles telle qu'elle relève du règlement 2057/2001²⁹ ne permet pas d'affirmer que la société européenne est de droit communautaire, bien au contraire. Dès lors, il n'existe pas un modèle de société européenne mais autant de modèles que de législations nationales. C'est pourquoi, à la concurrence entre types de sociétés s'ajoute une mise en concurrence des lois nationales relatives à la société européenne. C'est d'ailleurs leur intérêt bien compris que défendent les législateurs nationaux lorsqu'ils cherchent à rendre leur SE « attractive ». Le peu de recul comparatif en la matière³⁰ n'empêche pas cependant de tirer quelques conclusions quant au seul droit français, qui sont éclairantes.

L'adaptation du statut de SE en droit français est relativement fidèle au texte européen, comme l'invite la hiérarchie des normes fixée par le règlement 2057/2001. Dans certaines hypothèses, toutefois, le règlement renvoie à la liberté statutaire et accorde alors aux statuts de SE la possibilité de déroger à des règles fixées par le droit national (français) applicable aux SA. Le législateur français a saisi cette occasion pour rendre possibles d'importants aménagements statutaires: clauses aménageant la restriction à la libre négociation des actions (art. L. 229-11), obligation de cession des actions dans certains cas (art. L. 229-12), éventuelle suspension de l'exercice des droits non pécuniaires d'un actionnaire en cas de modification du contrôle, exclusion de cet actionnaire (art. L. 229-13). De tels aménagements sont toutefois réservés aux sociétés européennes non cotées et ces clauses sont limitées dans le temps (dix ans). Leur adoption et leur modification requièrent par ailleurs un vote unanime des actionnaires, ces aménagements s'adressant donc à des petites et moyennes entreprises. Par ces aménagements, la SE française non cotée se rapproche de la SAS, plus que de la SA, ce qui donne au droit français un avantage comparatif de taille. Mieux, elle invite à s'interroger sur la mise en place, à l'échelon communautaire, d'un régime différencié de SE, selon qu'elle est cotée ou non³¹.

^{29 -} Aux termes de l'article 9 du Règlement, les dispositions étatiques ont vocation à s'appliquer de manière subsidiaire lorsque soit la question n'est pas traitée par le règlement soit ce dernier ne la couvre que partiellement. La hiérarchie telle qu'elle est présentée dans le règlement doit être relativisée, le domaine de la réglementation européenne étant en fin de compte volontairement restreint, relayé la plupart du temps par un renvoi aux droits nationaux. Dès lors, ce n'est pas la règle européenne mais, à l'inverse, les dispositions étatiques qui ont vocation à s'appliquer toutes les fois que le règlement n'y pourvoit pas, ou ne le fait que partiellement, ce qui est très fréquent.

^{30 -} Le Garde des Sceaux a confié à Mme Lenoir, ancien Ministre des Affaires européennes, le soin de conduire une mission d'évaluation du statut de société européenne à la française qui devrait s'appuyer sur une étude comparative de la mise en œuvre de ce statut en France et dans six grands pays membres de l'Union européenne (Allemagne, Royaume-Uni, Belgique, Autriche, Luxembourg, Espagne). Adde, en langue anglaise, l'étude comparative menée par Cambridge University Press, The European Corporation, Tome 1, 2006, tome 2 à paraître.

^{31 -} Le droit des SE filiales d'un groupe serait assoupli quant à leur constitution (ex nihilo) et leur régime (proche de celui des SAS; moindre protection des minoritaires). La solution n'est pourtant pas si simple, compte tenu du projet de Société privée européenne qui a pour vocation à s'adresser aux petites et moyennes entreprises.

En définitive, le pouvoir d'attraction des sociétés européennes reste aujourd'hui mitigé et ce, malgré les atouts indéniables que présente ce type de société. Il est à souhaiter que la révision du règlement d'ici à fin 2009 permette de lui redonner une certaine cohérence et, avec elle, au droit des sociétés tout entier. Il apparaît en effet indispensable de ne pas refuser à la société européenne des avantages certains dont bénéficient les sociétés anonymes. En particulier, imposer la théorie du siège réel à la société européenne pose un certain nombre d'interrogations, sans compter que ce n'est pas là le moindre des paradoxes pour une société que l'on veut a-nationale. En 1957, le législateur communautaire n'a pas souhaité trancher entre la théorie du siège réel et celle du siège statutaire. Dans un contexte de concurrence aujourd'hui affirmé, il serait souhaitable de reconsidérer cette position. Deux pistes de réflexion peuvent être suggérées: soit laisser le libre choix aux Etats de l'une des deux théories, mais cela aussi bien pour les sociétés de droit commun (comme c'est le cas aujourd'hui) que pour la société européenne. La simple mise en concurrence des droits fera le reste; soit trancher à l'échelon communautaire en faveur de l'une des deux théories qui, quelle qu'elle soit, aurait vocation à s'imposer à toutes les sociétés. Moyennant une telle évolution, la société européenne atteindrait un niveau de compétitivité satisfaisant par rapport à ses concurrentes. Elle pourrait même atteindre un équilibre plus satisfaisant encore dans la mesure où elle constitue le type de société qui, à ce jour, offre le plus de garantie aux tiers. Elle serait alors celle qui tend le mieux vers le point d'équilibre entre concurrence et mise en équivalence des droits.

Section II - Equivalence des droits

Envisageant la liberté d'établissement des sociétés commerciales, le traité de Rome n'avait pas pour autant négligé l'incidence d'une telle évolution sur les associés et les tiers lorsqu'il préconisait la coordination des dispositions leur garantissant un certain degré de protection. Cette approche était d'une grande nouveauté pour la plupart des pays d'Europe. Pourtant ces idées très novatrices ont eu du mal s'imposer. C'est probablement faute d'avoir eu leurs théoriciens et défenseurs, mais également parce qu'il est difficile de lutter contre les modèles les plus influents dans un contexte fortement mondialisé. Sans vraiment jamais le dire, la construction européenne s'inspirerait plus de la *Stakeholder theory*, selon laquelle *le champ des personnes intéressées à la bonne marche de l'entreprise* n'est pas réductible à ses seuls associés³², que de la *Shareholder theory*, théorie de la maximisation du profit. Ce qu'une mise en concurrence parfois agressive des droits aurait tendance à occulter.

^{32 -} F.- G. Trébulle, Stakeholders Theory et droit des sociétés, Bull. Joly Bourse 2006, §282, 1337.

Certes, des avancées ont été réalisées mais de nombreuses lacunes subsistent. Des efforts restent à faire pour imposer un régime cohérent de protection des intérêts tant des actionnaires minoritaires (§ 1) que des tiers (§ 2).

§ 1 : La protection des intérêts des actionnaires minoritaires

Bien que mal définie (ou peut-être grâce à ce flou conceptuel), la notion d'actionnaires minoritaires est utile. Elle permet d'y inclure tous les apporteurs de capitaux qui, en raison de la faiblesse de leur apport, n'ont pas de droit de regard sur la gestion des dirigeants d'une société. Les minoritaires se distinguent des majoritaires par l'influence qu'ils peuvent avoir en assemblée. Sans voix délibérative mais indispensable à la bonne marche de l'entreprise, cette catégorie d'actionnaires, très hétérogène il est vrai, doit pouvoir faire l'objet d'une protection particulière de la part du législateur. Si les questions sont assez proches d'une société à l'autre, la dimension de celle-ci entraîne des problématiques d'ampleur si ce n'est de nature différente. La distinction faite précédemment entre sociétés cotées et sociétés non cotées semble de nouveau opératoire, le traitement des actionnaires des unes (A) et des autres (B) devant être quelque peu différencié.

A. Les actionnaires de sociétés non cotées

Les premières directives ont été élaborées dans le respect de la protection des actionnaires et, dans ce domaine, les lacunes sont moins criantes. Il convient toutefois de rester vigilant à l'occasion de la révision actuellement en cours de ces textes³³. En revanche, les derniers textes d'harmonisation montrent que le souci de protection de ces intérêts est passé à un rang secondaire. La directive sur les fusions transfrontières manque ainsi l'occasion d'offrir une véritable protection aux actionnaires minoritaires. Certes, le texte prévoit quelques dispositions concernant le régime de protection de ces actionnaires minoritaires, mais elles restent disparates et peu efficaces. Dans la phase préalable de négociation du projet, ce n'est ni le formalisme entourant la rédaction du projet de fusion ni le rapport d'experts destiné à l'ensemble des associés qui y suffiront. De même, le cumul des contrôles de la réalisation

78

^{33 -} Ainsi, les modifications apportées par la directive 2006/68/CE à la deuxième directive 77/91 du 13 décembre 1976 tendent principalement vers la simplification des augmentations de capital par apport en nature, la levée des contraintes du rachat d'actions et la faculté de financement par la société de la sous-cription ou de l'achat de ses actions par un tiers. Sur ce dernier point, la directive innove en remplaçant l'ancien principe d'interdiction pour permettre à une société, directement ou indirectement, d'avancer des fonds, d'accorder des prêts ou de donner des sûretés en vue de l'acquisition de leur actions par un tiers, sous réserve que certaines conditions, énoncées à l'article 23 de la directive, soient respectées. Une telle réforme est d'importance dans la mesure où elle devrait conduire la législation française à lever l'interdiction posée à l'article L. 225-216 du Code de commerce qui empêche aujourd'hui de telles avances de fonds par la société à un tiers en vue de l'acquisition de ses propres actions.

de la fusion peut être source de lourdeur mais ne protège que formellement les minoritaires.

Quant à la reconnaissance d'un éventuel droit de retrait des actionnaires minoritaires, elle reste aléatoire. La directive ne néglige pas totalement cette possibilité puisqu'elle permet aux Etats membres de prévoir une procédure de rachat des actions des minoritaires dans le texte de transposition. Cependant, une telle option ne permet pas une réelle harmonisation de principe sur cette question. Le dispositif ainsi mis en place est d'autant plus regrettable que la fusion est désormais possible sur un simple vote majoritaire à l'assemblée des actionnaires. Il aurait été logique d'envisager une contrepartie à la suppression de l'exigence stricte de l'unanimité, contrepartie qui aurait pu consister en un droit de retrait reconnu aux actionnaires qui ne veulent pas participer à l'opération de fusion. En outre, le recours à l'option est dangereux. Il est source de discrimination pour les actionnaires qui seront soumis à une législation moins protectrice ne prévoyant pas un tel droit de retrait. Ce débat se retrouve dans les mêmes termes concernant la société européenne de droit français pour laquelle le législateur n'a pas levé l'option et n'a donc pas prévu de droit de retrait à la faveur d'actionnaires qui ne voudraient pas participer à la fusion³⁴.

B. Les actionnaires de sociétés cotées

Comme cela a été dit précédemment, les règles de marché sont axées sur la transparence et l'information livrée aux investisseurs dans un objectif de protection renforcée des investisseurs et, par là, des actionnaires de sociétés cotées : le prospectus, les informations obligatoires à diffuser dans le public, les contrôles importants opérés par l'autorité boursière sur le fondement de son règlement général très détaillé constituent autant de garanties de bonne information à l'attention de ce type d'actionnaires. Il est en revanche des situations particulières où ces garanties mériteraient d'être renforcées. En matière de défenses anti-OPA, la directive n°2004/25/CE du 21 avril 2006 comporte une disposition protectrice visant à interdire aux dirigeants de sociétés de mettre en œuvre, de leur propre initiative, de telles mesures sans avoir au préalable obtenu une autorisation de l'assemblée générale des actionnaires (art. 9). Le législateur français a fait de cette règle une disposition impérative, applicable donc à toutes les sociétés cotées³⁵, sans

^{34 -} V° Question écrite n° 22440 de M. Jean-Guy Branger (Charente-Maritime - UMP), JO Sénat du 30 mars 2006. 895.

^{35 -} Conformément à ce que préconisait le rapport Lepetit : voy. M. Germain et M.-A. Frison-Roche, Rev. dr. banc., 1997, 29.

que celles-ci puissent l'écarter³⁶. En ce sens, le droit français apparaît plus respectueux des intérêts des associés que la législation d'autres pays de la Communauté qui, comme l'Allemagne ou le Danemark, ont transposé fidèlement l'article 9 en le rendant optionnel pour les sociétés.

La règle française de principe supporte toutefois une exception d'ordre général qui a fait elle-même l'objet d'une option dans la directive. L'approbation préalable visée à l'article L. 233-32 du code monétaire et financier peut être écartée lorsque la société fait l'objet d'une ou plusieurs offres engagées par des entités, agissant seules ou de concert au sens de l'article L. 233-10 du Code de commerce, dont l'une au moins n'applique pas ces dispositions ou des mesures équivalentes (art. L. 233-33 C. com.). Cette règle dite « de réciprocité » permet, sous certaines conditions, de dispenser les dirigeants d'une société cible de requérir l'approbation préalable de l'assemblée générale en période d'offre pour mettre en œuvre des mesures de défense, lorsqu'elle fait l'objet d'une offre à l'initiative d'une société qui n'applique pas ce régime. Lorsqu'elle trouve à s'appliquer, cette règle redonne aux dirigeants de sociétés françaises de vrais moyens de défense ou de négociation face à des sociétés étrangères qui, elles-mêmes, ne respectent pas la règle de principe. En d'autres termes, le verrou visant à garantir le contrôle des actionnaires sur le dispositif anti-OPA sautera dès lors qu'un Etat aura retenu le principe de réciprocité et que la société cible aura affaire à une société soumise à un droit très libéral en matière de défense anti-OPA, ce qui va à l'encontre de l'objectif de protection des actionnaires. Et ce d'autant que le domaine d'application de la règle de réciprocité s'étend aux cas où l'offre émane de sociétés qui sont respectivement contrôlées par des entités qui n'appliquent pas ces dispositions ou des mesures équivalentes37.

Plus largement, et en dehors du domaine précis des OPA, l'Europe a pris du retard sur l'ensemble des questions de gouvernement d'entreprise, elles qui précisément visent à protéger les intérêts des minoritaires. Le résultat reste à ce jour décevant³⁸, faute pour le droit communautaire de reposer sur une réflexion cohérente et approfondie. Ainsi, certains auteurs s'étonnent des lenteurs du droit communautaire à vouloir considérer la problématique des conflits d'intérêts, elle qui est au cœur de la gouvernance d'entreprise³⁹. A refuser d'aborder

^{36 -} Article L. 233-32 C. monétaire et financier.

³⁷⁻L'article L. 233-32 II prévoit en outre une exception particulière selon laquelle les délégations antérieures peuvent se maintenir par décision de l'assemblée générale extraordinaire, statuant dans les conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées ordinaires.

³⁸⁻Il existe en tout et pour tout deux recommandations communautaires, l'une relative à l'administrateur indépendant, la seconde à la rémunération des dirigeants. Dernièrement, la Commission européenne a présenté une proposition de directive visant à faciliter l'exercice transfrontalier des droits des actionnaires dans les sociétés cotées (COM 2005, 685 final). De telles dispositions existent déjà dans la plupart des grands pays d'Europe.

^{39 -} A. Couret, L'incidence des normes européennes sur la gouvernance des sociétés, *in* Colloque Gavalda, préc., Rev. Soc. 2005, 57.

les vraies questions, le risque existe dès lors qu'à l'emprise communautaire sur les droits des Etats membres se substitue une influence venue d'outre-Atlantique portée par ce phénomène d'américanisation du droit que ne peut manquer de favoriser l'internationalisation des marchés. Et la remarque ne se limite pas au régime des actionnaires. Elle peut être étendue à la question de la place des tiers dans le droit des sociétés en Europe.

§ 2 : La protection des intérêts des tiers

Dès l'origine de la construction communautaire en matière sociétaire, il fut entendu que le processus d'harmonisation aurait un domaine d'application élargi, visant à protéger en tant que tiers tant les salariés (A) que les créanciers de la société (B).

A. La protection des salariés

La position de la Commission sur les intérêts des salariés n'a jamais été ambiguë. La mise en équivalence des règles imposées par les Etats aux sociétés, visée à l'article 44§2g du traité de Rome, devait comprendre une réflexion sur la place des salariés. Le résultat reste mitigé. Le droit des salariés dans l'ensemble des sociétés n'est pas pris en compte en tant que tel par l'œuvre harmonisatrice. Sur ce point, les deux branches du droit restent cloisonnés, comme elles le sont dans la plupart des pays membres de l'Union européenne. Ce n'est que par des mesures ponctuelles d'information (dans les opérations de restructuration notamment) que certaines garanties sont offertes aux salariés.

Faisant figure d'exception, l'implication des salariés dans la société européenne fait, au contraire, l'objet d'une réglementation complète. La directive 2001/86 complétant le statut de société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs met en place un dispositif détaillé sur l'implication des salariés dans la SE⁴⁰. Le respect de ces dispositions est essentiel dans la mesure où l'immatriculation de la société, et donc son existence, en dépendent. Un accord sur les modalités relatives à l'implication des travailleurs doit en effet préalablement avoir été conclu. Cet accord procède d'une négociation entre dirigeants et représentants des salariés concernés réunis dans un groupe spécial de négociation. A titre supplétif, si les parties à la négociation en conviennent ou si elles n'ont pu aboutir à un accord à la fin de la période de négociation, des dispositions de référence figurant en annexe de la directive seront applicables. Ces règles détaillées sont relatives tant à la

^{40 -} La transposition de directive, opérée par la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie, figure aux articles L.439-25 et suivants du Code du travail.

composition de l'organe de représentation des salariés qu'à l'information à diffuser aux salariés, à leur consultation, ou encore à leur participation dans les organes sociaux.

En outre, sur la base du principe « avant-après », les droits relatifs à la participation dans l'entreprise reconnus aux salariés avant la constitution de la société européenne constituent la base de l'organisation de leurs droits de participation dans la société européenne. De telles dispositions permettront de préserver les droits acquis des salariés, et en particulier ceux qui bénéficient, en Allemagne et au Danemark, d'une forme légale (et impérative) de représentation des salariés dans les organes d'administration (dans les sociétés dualistes, comme en Allemagne, le conseil de surveillance et non le directoire). Un certain seuil de garanties minimal est ainsi reconnu aux salariés dans toutes les sociétés européennes, quel que soit leur(s) lieu(x) d'établissement.

Malgré ce régime très protecteur, ou plutôt à cause de lui, un effet pervers est à prévoir : en restant cantonné à la Société européenne, il est à craindre qu'il serve finalement de repoussoir à l'encontre de ce type de société dans un contexte de concurrence accrue des droits. Au bénéfice de la société anonyme de type classique.

B. La protection des créanciers

Dans ce domaine, peu de choses ont été réalisées et peu de garanties sont donc offertes aux créanciers. Il en est ainsi notamment dans les opérations de restructuration. La directive sur les fusions transfrontalières pose comme règle de principe que, pour les créanciers sociaux et conformément à la méthode conflictuelle, chaque Etat membre impose son propre système de contrôle, étant entendu que l'effet donné à la fusion, tant interne que communautaire, du transfert universel de patrimoine constitue pour ces personnes une sécurité minimale. Reste que les systèmes de contrôle diffèrent d'un pays à un autre. Certains droits (les droits danois, néerlandais ou espagnol) posent des conditions a priori à la fusion (le paiement immédiat des créanciers, ou l'obtention par ceux-ci de garanties) alors que d'autres droits (le droit français) prévoient un contrôle *a posteriori* (avec droit opposition à la fusion entraînant son inopposabilité à leur égard). Ces différences peuvent faire craindre un alourdissement du processus, voire un blocage dans le cas où sont impliquées deux sociétés relevant chacune de systèmes différents. Une mise en équivalence des règles de contrôle paraît ici souhaitable.

Soustraire la construction européenne aux jeux d'influence induits par l'internationalisation des marchés n'est pas à souhaiter, bien au contraire. Il est indispensable pour les entreprises de s'y prêter tant

Les droits des sociétés dans l'Union européenne : entre concurrence et équivalence

elles ont à gagner d'une mobilité accrue. Il ne saurait donc être préconisé un retour en arrière. En revanche, il revient aux autorités communautaires la tâche d'intégrer ces influences dans un cadre européen, de les façonner à leur manière, de les remodeler à *l'européenne*. Autrement, un trop grand *dépaysement culturel*⁴¹ de même qu'une américanisation mal assimilée du droit des sociétés, parfois vécus comme une *invasion*⁴², auraient ceci de pervers d'engendrer des réactions de replis qui seraient à terme préjudiciables à la construction européenne et aux progrès apportés par elle depuis cinquante ans.

En définitive, le droit communautaire des sociétés doit veiller à ne pas s'inscrire dans cette ère de « rematérialisation » du droit, où la règle de droit est instrumentalisée et est mise au service d'une efficacité purement économique. Comme cela a été souligné, « la société du droit mondialisée doit s'appuyer sur la convergence et ne pas céder à la tentation de l'uniformisation. Il faut laisser chaque pays s'inspirer librement du meilleur et de chaque système, sans imposer des solutions préfabriquées »⁴³. Rappelons en effet que, « à travers la controverse sur l'autonomie ou au contraire les possibilités illimitées de manipulation du discours juridique, c'est la notion de liberté qui est en cause »⁴⁴.

^{41 -} S. Poillot-Peruzzetto, Les concepts en droit communautaire, *in* Vers une culture juridique européenne ? Montchestien 1998, 133.

^{42 -} V° ces quelques réactions dans la littérature universitaire étrangère commentant la jurisprudence Inspire Art : T. Keller, The English limited company- Ready to invade Germany, International company and Commercial law review, vol. 15, 2004, 334 s ; H. Birkmose A Market for company incorporations *in* the European Union? Is Uberseering the beginning of the end? Tulane Journ. Int'l and Comparative Law, vol. 13, 2005, 55; W. Ebke, The European conflict-of-corporate-laws revolution : Uberseering, Inspire Art and beyond, European Business Law Review, vol. 16, 2005, 9.

^{43 -} B. Sturlèse, Doing Business 2007: How to reform, D. 2006, 2386.

⁴⁴ - V^{o} B. Oppetit, Droit et économie in Droit et modernité, Puf, 1998, 181.



LE DROIT COMPTABLE EUROPÉEN ET LES PARTIES PRENANTES

Bernard Christophe*

Professeur à l'Université de Picardie-Jules Verne Directeur de l'IAE. membre du CRIISEA

Depuis le premier janvier 2005, les entreprises européennes cotées doivent, pour établir leurs comptes consolidés, utiliser les normes IFRS (*International Financial Reporting Standard*). La presse financière fait état des inquiétudes ou des espoirs des uns et des autres à propos de la lisibilité des états financiers aux normes IFRS. Notre propos sera moins d'exposer ce que sont les normes IFRS que d'analyser l'évolution de la normalisation comptable européenne et française et les raisons qui poussent à conserver au droit comptable français une certaine spécificité et donc à résister à une européanisation totale.

Le terme résistance a différentes acceptions. Dans un contexte stratégique et politique, la résistance est ce qui s'oppose à quelque chose de nouveau avec parfois comme objectif de renverser ce quelque chose pour retourner à l'ordre antérieur ou bien, à l'occasion de cette résistance, pour faire novation. La résistance, si l'on retient le sens que lui donne les scientifiques (ceux des sciences dures) peut signifier, soit la capacité à freiner une évolution, soit, lorsqu'on parle de résistance des matériaux, la capacité à absorber, à supporter tout en restant soi-même; on pourrait même aller jusqu'à donner au mot résistance le sens de résilience que Boris Cyrulnik a contribué à populariser.

Pour savoir vers quel lieu de résistance il convient de se tourner, sans doute faudrait-il savoir sous quelle emprise est le droit comptable ; en l'occurrence regarder comment a évolué le droit comptable européen. Nous commencerons donc par brosser un rapide historique de l'évolution du droit comptable européen qui nous permettra de comprendre pourquoi l'Europe a choisi d'imposer le référentiel comptable IFRS à toutes les sociétés européennes faisant appel public à l'épargne. Ensuite, nous regarderons ce qu'il est advenu du droit comptable français sachant que la législation européenne laisse une certaine latitude aux différents Etats membres mais que les pressions de différentes parties prenantes, essentiellement celles qui représentent le marché, incitent les législations nationales à converger vers ces normes européennes.

^{*} L'auteur tient à remercier Louis Klee (CNAM Paris) qui a bien voulu lui faire part de ses remarques.

Section I - Que reste-t-il d'européen dans les normes comptables ?

Lorsque l'on évoque la résistance en matière de droit comptable, il s'agirait d'une résistance aux normes IFRS. Une telle résistance est-elle une résistance aux normes européennes ? La question mérite d'être posée. En effet, l'idée d'un droit comptable européen fruit d'une réflexion aboutissant à un compromis accepté par tous les pays européens a fait place à la décision de faire sous-traiter le travail d'élaboration du droit comptable européen par une institution privée l'IASB (international Accounting Standard Board). Comment en est-on arrivé à cette situation qui peut, a priori, surprendre, même si l'on sait qu'en droit international le rôle des institutions privées est loin d'être négligeable ; qu'on pense, pour ne citer que l'une des plus célèbres institutions privées, à la Chambre de commerce internationale. Pour répondre à la question posée il est nécessaire de faire un retour une trentaine d'années en arrière.

§ 1 : Un peu d'histoire

Sur le plan européen, l'harmonisation européenne pris officiellement naissance à travers trois directives. La quatrième directive, qui date de 1978, relative aux comptes sociaux, la septième directive, qui date de 1983, relative aux comptes consolidés et enfin la huitième directive parue en 1984 à propos du contrôle légal des comptes. Le rôle joué par les directives est loin d'être négligeable. La quatrième directive va influencer le PCG 1982 (on va en retarder la sortie pour l'adapter à cette quatrième directive) en intégrant le concept anglais de *True and Fair view* que l'on a traduit par « image fidèle » et la septième directive sur les comptes consolidés va aboutir à la loi du 3 janvier 1985 rendant obligatoire, pour les entreprises françaises répondant à des critères spécifiques, la publication de comptes consolidés à partir de la fin des années quatre-vingts.

Ces directives qui, pour la première fois, imposaient des règles aux différents Etats membres de la communauté résultaient de compromis qui en faisaient à la fois sa force et sa faiblesse. Sa force résidait dans le fait d'exister, sa faiblesse tenait aux nombreuses concessions accordées à chaque pays. Ces concessions avaient pris la forme d'options offertes pour adapter ces normes aux spécificités nationales, mais c'était le prix à payer pour voir naître une normalisation européenne. En effet, la situation des différents pays européens en matière de normalisation comptable est très différente. Ainsi, en Allemagne et en France, l'Etat joue un rôle déterminant dans l'élaboration des normes, et à l'opposé, en Grande-Bretagne et aux Pays-Bas, l'Etat n'intervient, ni au stade de la création des normes, ni à celui de leur mise en application. On notera

que ces deux pays sont, en la matière plus libéraux que les Etats-Unis où l'Etat ne participe pas à l'élaboration des normes mais intervient plus ou moins directement dans leur mise en application¹. Les normalisateurs européens avaient pour objectif de faire converger progressivement les législations nationales. A priori, cette convergence semble davantage porter sur les principes d'évaluation que sur les normes de présentation. De fait, s'il est assez facile, en dehors de l'éventuelle barrière de la langue, pour un français de lire un bilan italien ou espagnol, l'analyse d'un bilan britannique se révèle plus délicate et nous rappelle que la Grande Bretagne « est une île entourée d'eau de toutes parts ». Parmi les différences notables entre des états financiers britanniques et français, on notera la présentation des comptes de résultat par destination pour les premiers et par nature pour les seconds. Toutefois, il ne faudrait pas imaginer qu'en matière d'évaluation un consensus soit apparu avec un corps de règles cohérentes ; on en était resté à un accord minimal. Ainsi, selon les pays, le fonds commercial pouvait être amorti ou non. Cette normalisation inachevée facilitait quand même les relations entre pays de la Communauté européenne. Le principe de reconnaissance mutuelle permettait à une entreprise cotée dans un autre Etat membre de ne pas produire de document de réconciliation de ses comptes avec les normes du pays de cotation.

Mais au début des années quatre-vingt-dix, les autorités boursières nationales commencèrent à demander des documents de réconciliation. La situation avait évolué pour quatre raisons.

- 1. La convergence espérée ne s'était pas produite et les différences entre pays acceptées durant une période considérée comme probatoire l'étaient de plus en plus difficilement.
- 2. La financiarisation croissante de l'économie rendait les lecteurs des états financiers plus exigeants.
- 3. Cette même financiarisation avait donné naissance à une multitude de produits dont la comptabilisation se révélait délicate et demandait une adaptation rapide des textes. Or, la Communauté européenne, victime de lourdeurs institutionnelles, se révélait incapable de faire évoluer rapidement la législation comptable.
- 4. L'apparition de la zone euro et donc le fait que les comptes soient présentés dans une même monnaie allait rendre encore plus évidentes les divergences entre pays. Or cela allait à l'encontre de l'idée de créer un vrai marché financier européen.

De ce fait, en 1995, on proposa au Conseil des ministres et au Parlement européen de déléguer l'activité de normalisation comptable à un organisme privé l'IASC (*International Accounting Standard Committee*) qui

^{1 -} Selon la classification de Nobes évoquée par Bernard Colasse, Comptabilité générale (PCG 1999, IAS et Enron), Economica, 2003, p. 71.

allait devenir l'IASB (*International Accounting Standard Board*); la Communauté européenne se contentant de contrôler la production des normes IFRS à travers l'EFRAG (*European Financial Reporting Advisory Group*). Cet accord de sous-traitance fut approuvé par le Parlement européen le 12 mars 2002 par 492 voix sur 526. Mais comment l'IASB fonctionne-t-il et pourquoi les européens lui font-ils confiance?

§ 2: L'IASB, son fonctionnement

Dans les années soixante-dix, tandis que la Communauté européenne tentait de créer une Europe de la comptabilité, à l'initiative des Britanniques, au moment où ils entraient dans l'Europe, neuf instituts d'experts-comptables fondaient une institution privée, l'IASC. Cette institution allait au fil des ans se révéler efficace au point d'amener l'Europe à la choisir comme fournisseur exclusif. Ce choix sera l'occasion pour l'IASC de se réformer et de devenir l'IASB le 1^{cr} avril 2001. Comme la question que nous nous posons est celle d'une résistance visà-vis de la normalisation européenne et donc de l'IASB, il n'est pas question de décrire dans le menu détail l'organisation de l'IASB mais de chercher quelles pourraient être les raisons de ces résistances. On peut en déceler trois qui d'ailleurs ont une même origine la prédominance du système anglo-saxon ultra-libéral.

- 1. On constate que le budget de l'IASB est financé pour 30 % par les grands cabinets d'audit anglo-saxons. A l'inverse, on constate que les associations, organisations internationales, banques centrales et gouvernements ne représentent que 14 % du total². Certes, on peut parler d'une indépendance de l'institution à l'égard des Etats, mais y a-t-il dans l'absolu indépendance lorsque l'on connaît le rôle de lobby que peuvent jouer les grands cabinets³.
- 2. La majorité des membres (personnes physiques) de l'IASB sont anglosaxons de formation (10 sur 14).
- 3. Le cadre conceptuel de l'IASB donne comme objectif à la comptabilité de donner en priorité des informations aux investisseurs boursiers. Certes, il est fait allusion à la multiplicité des utilisateurs mais, en pratique leurs demandes spécifiques d'informations ne sont pas prises en considération car supposées satisfaites.

Le fait que l'IASB soit un organisme privé n'est pas en soi un obstacle à l'adoption de ces normes, la collaboration privé public se

^{2 -} Ce budget représentait, en 2002, 18 millions de \$. A titre de comparaison, en France, le budget du CNC est de l'ordre de 2,5 millions. http://en.temps.reel.freee.fr, article de Philippe Crouzet et Nicolas Véron.

^{3 -} Cf. à ce sujet : La 3 eme colonne, la face cachée de la comptabilité des entreprises, Abraham J. Briloff, éd. Londreys, 1982 et Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les mutinationales du droit de Yves Dezalay, éd. Fayard, 1992, plus particulièrement les pages 182 et suivantes consacrées aux grands cabinets d'audit.

rencontre assez fréquemment en droit des affaires, pour certains auteurs, elle est le fondement même de la *lex mercatoria*.

C'est plutôt le manque d'indépendance de l'IASB à l'égard du modèle anglo-saxon qui peut expliquer qu'en France, et dans d'autres Etats européens, les systèmes comptables nationaux ne se soient pas totalement fondus dans la logique des IFRS. En effet, on considère, du moins en France, que l'information comptable privée, a de multiples utilisateurs qui recherchent des informations spécifiques, les salariés de l'entreprise (l'article 432-4 du Code du travail prévoit que le comité d'entreprise puisse se faire assister d'un expert-comptable en vue de l'examen annuel des comptes de l'entreprise) les clients et les fournisseurs de l'entreprise, l'administration, des associations diverses,... Or, en privilégiant une information destinée aux actionnaires, l'IASB « détériore » l'information destinée aux autres parties prenantes. C'est donc en ayant à l'esprit cette différence de conception entre le modèle comptable français et le modèle anglo-saxon qu'il faut analyser les divergences qui subsistent entre Plan comptable français et normes IFRS.

Section II - Un marché qui incite à converger et des normes qui ne répondent pas aux attentes de toutes les parties prenantes

Pour établir leurs comptes consolidés, les entreprises européennes cotées, depuis le 1^{er} janvier 2005, doivent utiliser les normes IFRS. Par contre, toute latitude est laissée aux Etats membres concernant l'établissement des comptes individuels. On assiste donc à une convergence du droit comptable français avec le droit comptable européen, convergence freinée par un certain nombre de demandes spécifiques.

§ 1 : Une convergence au nom du réalisme économique

En matière de normalisation comptable, les obligations des entreprises françaises sont les suivantes :

- Pour les comptes consolidés, les entreprises faisant appel public à l'épargne doivent appliquer les normes IFRS. Les autres entreprises ont le choix entre appliquer ces normes IFRS ou appliquer le règlement CRC 99-02⁴.
- Pour les comptes individuels, toutes les entreprises doivent appliquer le règlement CRC 99-03.

On constate donc que toutes les entreprises françaises qui établissent des comptes consolidés doivent obligatoirement utiliser deux référentiels comptables IFRS ou 99-02 pour les comptes du groupe et 99-03 pour les comptes individuels desdites sociétés consolidées. Cette situa-

^{4 -} CRC : Comité de la Réglementation Comptable.

tion ne peut qu'inciter à la convergence des deux systèmes. Et de fait, l'actuel Plan comptable général a intégré un certain nombre de règles ou concepts que l'on trouve dans les IFRS comme l'amortissement par composants, la définition de ce qui est un actif ou un passif et l'introduction, certes incomplète, de la notion de juste valeur. Afin de faciliter cette convergence, le Plan comptable a d'ailleurs été structuré comme un code par articles avec possibilité de faire des modifications. En effet, ce qui prédomine actuellement c'est la notion d'évolution. Si le PCG 99 qui était un aménagement du PCG 82, a été millésimé, on parle maintenant de PCG sans préciser l'année car le PCG est devenu un plan glissant ou évolutif.

Cette convergence se justifie pour deux raisons.

- 1. Le monde économique évolue également. L'intégration de l'amortissement par composants, pour ne parler que d'elle, en est une illustration. Quand on parle de composants, on pense immédiatement aux immeubles décomposables (les ascenseurs n'auraient pas la même durée de vie que la toiture ou les fondations) mais cette approche de l'amortissement prend aussi en compte une évolution des modes de production industrielle. Ainsi, dans l'industrie automobile, la durée de vie des modèles de voitures s'est considérablement réduite. Les robots industriel qui peignent ou soudent ne sont plus totalement remplacés ; on ne change que certaines pièces pour les adapter au nouveau modèle (la durée de vie des différents composants du robot est donc variée).
- 2. Il est de plus en plus nécessaire d'avoir les mêmes normes pour pouvoir faire passer la communication financière. Dans l'esprit des européens l'adoption des normes IFRS devait empêcher les Etats-Unis d'imposer leurs propres normes à l'ensemble de la communauté financière. Notons néanmoins que la forte influence des anglo-saxons relativise sans doute l'indépendance des IFRS par rapport aux normes américaines.

Cette convergence n'empêche toutefois pas qu'il subsiste des différences et qu'il existe des freins à cette convergence.

§ 2 : La volonté de garder à la comptabilité son statut de bien public

Il convient de distinguer le règlement CRC 99-03 (comptes individuels) et le règlement CRC 99-02 (comptes consolidés). Les résistances n'ont pas nécessairement les mêmes origines.

A. Résistance dans l'élaboration des comptes individuels

On peut distinguer quatre motifs de divergences.

1. La prégnance de la fiscalité : En France, à la différence d'autres pays, l'administration fiscale ne s'est toujours pas résolue à déconnecter tota-

lement fiscalité et comptabilité. Les documents comptables, moyennant quelques retraitements prévus dans un tableau de passage du résultat comptable au résultat fiscal, servent toujours de référence pour déterminer l'impôt sur les bénéfices des entreprises. Or, les nouveautés introduites, en matière d'évaluation, par les normes IFRS ont comme conséquence de modifier profondément les résultats comptables. L'administration fiscale, comme les entreprises ayant intérêt (même si leurs intérêts sont parfois opposés) à ce qu'une évolution non maîtrisée de la normalisation comptable ne se traduise pas par une trop forte évolution des bases d'imposition, le référentiel comptable 99-03 qui sert à l'élaboration des comptes utilisés pour déterminer la base imposable se doit d'évoluer « raisonnablement ».

2. Le droit des sociétés : Si l'on considère que les différents codes doivent s'adapter, en quelque sorte se mettre à jour, on peut estimer que ce n'est qu'une affaire de délai, mais il y a surtout que certaines méthodes d'évaluation retenues dans les IFRS demandent qu'on y réfléchisse à deux fois avant de les adopter. On peut prendre comme exemple l'introduction de la notion de juste valeur et la distribution de dividendes. Au 19eme siècle, l'idée qui prévalait était que le bilan de l'entreprise devait rassurer les créanciers (non actionnaires) de l'entreprise sur leurs chances d'être remboursés, même si l'entreprise périclitait. De ce fait, le principe comptable de prudence était présenté comme un principe de pessimisme. Toute perte potentielle devait être prise en compte, tout profit, dès lors qu'il n'était pas réalisé, devait être oublié. Cette vision pessimiste donnait des bilans sous évalués. Jacques Richard va même jusqu'à parler de liquidation fictive et d'un « principe de mort » de l'entreprise⁵. Ces méthodes d'évaluation permettaient toutefois au créancier de se rassurer alors qu'il voyait dans la toute nouvelle société anonyme l'impossibilité de se faire rembourser en liquidant les biens propres de l'actionnaire qui n'avait pas la qualité de commerçant. De ce fait, le résultat distribuable aux actionnaires était un résultat minoré, là encore le créancier allait être rassuré, l'actionnaire ne va pas vider l'entreprise de sa substance en s'octroyant des dividendes trop importants. Cela pouvait d'ailleurs arranger les dirigeants d'entreprise, plus particulièrement des petites non soumises aux contraintes du marché boursier, pour qui un résultat minoré c'était aussi moins d'impôts à payer. Si les mentalités ont évolué depuis la fin du 19ème siècle, l'idée de minoration du résultat distribuable prévaut encore. Or, un bilan qui intègre totalement la notion de juste valeur, recommandée pour les évaluations selon les normes IFRS, peut avoir une toute autre physionomie. Le principe de prudence constitue toujours un principe comptable en normes IFRS mais il ne s'agit plus d'un principe qui doit s'assimiler à du pessi-

^{5 -} Jacques Richard, Les trois stades du capitalisme français *in* Les normes comptables internationales, instruments du capitalisme financier, ouvrage collectif sous la direction de Michel Capron, éd. La Découverte, 2005, p. 92.

misme mais d'une « prudence mesurée ». Même si le plan comptable français reprend cette idée de prudence mesurée ou raisonnable⁶, il convient d'être circonspect à propos de l'intégration des anticipations futures car le futur est par définition incertain, et intégrer du futur c'est aussi intégrer des bénéfices futurs avec le risque de distribution de dividendes fictifs. Illustrons cela d'un exemple. Si à la fin de l'année N, j'ai comptabilisé 100 de plus-value potentielle sur certains actifs, ces 100 vont venir augmenter mon résultat. Un résultat que je vais pouvoir distribuer. Si l'année suivante, les tendances du marché s'inversent, je vais constater une perte (moins-value potentielle) mais ce qui correspond à cette perte aura été distribué l'année précédente. Il y aura donc eu distribution de dividendes fictifs. Les dividendes étant distribués à partir de l'affectation du résultat des comptes individuels, on comprend les réticences à adopter les normes IFRS pour l'élaboration des comptes individuels.

- 3. La taille de l'entreprise constitue un frein à la généralisation des IFRS. L'application des normes IFRS implique parfois de mettre en place des procédures d'évaluation complexes et coûteuses. On ne voit pas au nom de quoi on imposerait ce surcoût à des PME qui n'auront jamais directement accès aux marchés financiers.
- 4. Des parties prenantes ont intérêt à ce que certaines règles du Plan comptable français subsistent. Par exemple, la présentation des comptes de charges par nature, qui permet de mettre en évidence la valeur ajoutée dégagée par l'entreprise, est fort utile en comptabilité nationale. Or, l'adoption des IFRS sans retenue pourrait aboutir à terme à ne retenir qu'une présentation du compte de résultat à l'anglosaxonne, c'est-à-dire par fonction.

Ce qui précède plaide pour une certaine autonomie des comptes individuels par rapport aux normes IFRS, mais pourquoi avoir des comptes consolidés à la française puisque ces comptes n'ont qu'un intérêt informatif?

B. La spécificité française en matière de comptes consolidés

L'adoption de normes n'est pas une simple opération technique, elle est lourde de sens. Les IFRS sont la traduction comptable d'une certaine conception de l'information financière et au-delà d'une certaine conception du monde des affaires, on a pu parler à leur propos d'instruments du capitalisme financier⁷.

^{6 - «} Ne perdons pas de vue que l'image fidèle, objectif final de la comptabilité, prévaut sur la prudence. En pratique la prudence doit être dorénavant plus « raisonnable » qu'elle ne l'était : un abus de prudence nuit à l'image fidèle ». PCG 2005 Les fondamentaux, Mémentos d'Experts, éd. Expert-comptable média, 2005, p. 92.

^{7 -} Cf. Les normes comptables internationales, instruments du capitalisme financier, op. cit.

La comptabilité est sans doute algèbre du droit⁸, mais c'est aussi un bien qui se vend (avoir des états financiers flatteurs qui donnent droit à une excellente notation financière permet d'emprunter à moindre coût sur les marchés) et, comme le rappelle Bernard Colasse, un bien public, c'est-à-dire une information au service du plus grand nombre. Or les IFRS captent l'information au profit d'une seule catégorie d'agents économique les investisseurs sur les marchés financiers. On peut avoir une conception différente du rôle de la comptabilité et partant, faire valoir ce point de vue. La tradition française de la comptabilité au service du plus grand nombre incite La France à entretenir des spécificités afin de pouvoir faire pression. N'oublions pas que la Communauté européenne, lors de l'adoption des différentes normes IFRS, a demandé des modifications concernant les normes IAS 32 et 39 ; ceci à la demande des banques françaises.

Conclusion

En introduction à cette réflexion sur l'arrivée des IFRS dans le paysage comptable français, nous nous étions interrogés sur la signification du mot résistance. S'il y avait résistance, cela signifiait-il que les réformes étaient freinées ou bien était-on en présence d'une opposition remettant en cause ces réformes pour tout ou partie ? Sans vouloir tomber dans la facilité, on ne peut que constater que les deux types de résistances coexistent. La résistance frein est aisément repérable, on en connaît les origines, le souci pour l'Etat de ne pas modifier brusquement le financement des dépenses publiques et des aménagements législatifs qui demandent du temps. Ces résistances ne remettent pas en cause le bien-fondé des IFRS, leur disparition ou quasi disparition n'est qu'une affaire de patience. La résistance conceptuelle, le refus de considérer le cadre conceptuel des IFRS comme cadre référant, soulève une question plus délicate. Il s'agirait d'une résistance qui correspondrait à la confrontation de deux écoles du management où un capitalisme modéré, à la française, qui se voudrait au service de tous s'opposerait à un capitalisme, à l'anglo-saxonne, plus radical pour lequel ce qui est bon pour l'actionnaire est bon pour tous. L'avenir de cette confrontation reste incertain, si la résistance s'assimile à une sorte de gallicanisme, elle n'est pas assurée d'une grande longévité, mais si cette résistance n'en est qu'une parmi d'autres de par le Monde, sa route à venir reste prometteuse.

^{8 -} La comptabilité, algèbre du droit et méthode d'observation des sciences économiques, Pierre Garnier, Dunod, 1947.



EMERGENCE D'UN DROIT FISCAL EUROPÉEN DE L'ENTREPRISE, DE SES ACTIONNAIRES ET DE SES PRÊTEURS¹

Jacques Malherbe

Professeur émérite de l'Université Catholique de Louvain Avocat au Barreau de Bruxelles

L'harmonisation des impôts directs en Europe est, hormis les quelques directives existantes, une harmonisation négative, résultant des décisions de la Cour de justice prohibant la mise en œuvre de certaines dispositions nationales restrictives des libertés fondamentales prévues par le traité et, généralement, également discriminatoires.

Cette harmonisation négative, de plus en plus marquée, suppose que les juges nationaux fassent usage du mécanisme de la question préjudicielle (Traité, art. 234)².

On constatera que certains pays n'ont jamais posé de questions préjudicielles en matière d'impôts directs (Espagne, Portugal, Irlande, Italie).

D'autres juges résolvent eux-mêmes les questions de droit européen, sans poser de questions préjudicielles. Des exemples en sont trouvés en Angleterre dans la décision Marks & Spencer de première instance et en Belgique ainsi qu'en Finlande (arrêt du 20 mars 2002 de la Cour suprême administrative relatif à la compatibilité de la législation finlandaise sur les sociétés étrangères contrôlées avec le droit européen)³.

L'harmonisation positive est, elle, le fruit des directives adoptées à l'unanimité.

Section I - Harmonisation négative

§ 1 : Les prêteurs : Lankhorst-Hohorst

De nombreux Etats ont essayé de lutter contre la sous-capitalisation. Il est généralement plus avantageux de financer une filiale étrangère par un prêt de sa société-mère, entraînant un paiement d'intérêts, déduc-

^{1 -} Nos remerciements vont à notre collègue Luc De Broe pour la mise en commun de travaux sur certains des thèmes abordés.

^{2 -} Pour un aperçu des affaires pendantes devant la Cour de Justice en 2005, cf. M. Lang, J. Schuch et Ch. Staringer, éd., E.C.J. - Recent Developments in Direct Taxation, Vienne, Linde, 2006.

^{3 -} P. Pistone, Tax Treatment of Foreign Losses : An Urgent Issue for the European Court of Justice, EC Tax Review, 2003, p. 149.

tibles au niveau de la filiale et souvent exonérés de retenue à la source, que par des capitaux propres, générateurs éventuellement de dividendes, soumis à retenue à la source, sauf application de la directive mère-filiale mais en tous cas soumis à impôt des sociétés dans le pays de la source.

La sous-capitalisation a été vue comme un phénomène de transfert du pouvoir d'imposer du pays de la source au pays de la résidence.

A. Sous-capitalisation

La Cour de justice a été confrontée de plein fouet avec le problème dans l'affaire Lankhorst-Hohorst⁴. Cette société allemande était détenue par une société néerlandaise, Lankhorst-Hohorst B.V., elle-même détenue par une autre société néerlandaise, Lankhorst-Taselaar B.V. La GmbH allemande était en perte et avait contracté un emprunt bancaire onéreux. La société tête de groupe néerlandaise remplaça cet emprunt par un prêt inter-sociétés de 3 000 000 DEM, accompagné d'une déclaration de patronage par laquelle la société prêteuse renonçait au remboursement en présence de créanciers tiers.

Les intérêts du prêt furent traités comme des dépenses déductibles.

Le fisc allemand appliqua la section 8a KStG contenant deux règles :

- la première s'applique à toute société détenant un intérêt substantiel dans une filiale allemande et n'ayant pas droit au crédit d'imputation de l'impôt des sociétés à l'occasion de la distribution d'un dividende;
- la seconde règle s'applique aux prêts hybrides.

Un non-résident ne peut bénéficier du crédit d'impôt que s'il détient sa participation à l'intervention d'un établissement stable en Allemagne.

L'intérêt est traité comme dividende dès que le ratio fonds empruntés - fonds propres est de 3 à 1. La GmbH allemande étant en perte, tout prêt qui lui était consenti par son actionnaire était nécessairement visé par la disposition.

Il était possible de renverser la présomption en prouvant que le prêt aurait pu être obtenu d'une partie tierce, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Sur question préjudicielle du Tribunal fiscal de Munster, la Cour de justice jugea la disposition de la loi d'impôt des sociétés allemandes contraire à l'article 43 du Traité relatif à la liberté d'établissement. Une première question qui se posait était de savoir si la règle protège uniquement la société mère dans la mesure où elle établit une succursale

^{4 -} C-324/00, Lankhorst-Hohorst, arrêt du 12 décembre 2002.

ou une filiale dans le pays de la source ou si elle protège également la filiale elle-même.

La jurisprudence est fixée en ce sens que tous les participants à l'opération, qu'ils soient actifs ou passifs, sont protégés.

En second lieu, on peut se demander si la Cour aurait également pu invoquer la liberté de mouvements des capitaux. L'article 56 s'applique en effet non seulement à celui qui fournit des capitaux propres mais également à celui qui fournit des capitaux empruntés. Dans ce cas, la disposition serait invalidée également à l'égard d'Etats tiers puisque la liberté de l'article 56 ne se limite pas aux investisseurs d'Etats membres.

Un premier argument, qui fut écarté par la Cour, est celui basé sur l'existence de règles semblables dans de nombreux pays. Il montre toutefois l'importance de la décision.

Il n'était par ailleurs pas nécessaire de faire une distinction entre les règles discriminatoires et les règles qui constituent de pures restrictions. En l'espèce, la règle était discriminatoire.

Enfin, il était vrai que certains contribuables allemands étaient également exclus de l'imputation du crédit pour paiement de l'impôt des sociétés. Il s'agissait toutefois d'un groupe non comparable à des investisseurs commerciaux étrangers normaux, groupe constitué de personnes morales de droit public et de personnes morales jouissant d'exemptions personnelles, telles des institutions charitables.

La disposition faisait donc obstacle à la liberté d'établissement en Allemagne d'une société d'un autre Etat membre.

Il restait à examiner si la règle ne pouvait trouver une justification dans l'intérêt public.

Constituait-elle une disposition anti-abus ? La sous-capitalisation, pour le gouvernement allemand, permet à l'investisseur étranger d'éluder le régime allemand de taxation des dividendes en remplaçant un investissement en fonds propres par un prêt que la société n'aurait pu recevoir d'une autre personne qu'un actionnaire avec, pour résultat, le transfert de matière imposable de l'Allemagne vers l'étranger.

En premier lieu, la Cour rappela que la réduction des revenus fiscaux n'est pas à elle seule une raison d'intérêt public permettant de justifier la violation d'une liberté fondamentale. Elle constata que la disposition légale visée ne se limitait pas à écarter des conventions artificielles et qu'un abus ne pouvait être supposé uniquement parce que l'investisseur-prêteur était étranger.

La Cour ajouta que le prêteur serait soumis à sa législation nationale. Cet argument semble faible en l'absence d'une harmonisation des fiscalités. On ne peut étendre à la matière fiscale la reconnaissance mutuelle qui s'applique par exemple en matière de protection des consommateurs.

En l'espèce, en outre, aucun abus n'existait : l'actionnaire néerlandais avait de bonnes raisons économiques de remplacer un prêt onéreux par un prêt à taux plus bas dans le but de sauver l'existence de sa filiale allemande.

Avant l'existence de la disposition légale querellée, le fisc allemand avait tenté de remédier à la sous-capitalisation en invoquant la disposition générale anti-abus du Code allemand (art. 42 Abgabenordnung). Le Bundesfinanzhof avait rejeté cette base légale, soulignant qu'en droit civil un actionnaire est libre de financer sa filiale par capitaux propres ou par prêt.

On voit donc difficilement où est l'abus, d'autant plus que le seuil quantitatif proposé est sans relation avec l'existence d'un abus.

De plus, un prêt possède d'autres avantages qu'une substitution de source de financement : notamment, il peut être remboursé plus facilement et génère d'ailleurs des intérêts même en l'absence de bénéfices.

La mesure telle qu'elle est rédigée entraîne en outre un risque de double imposition, le même revenu étant taxé comme dividende dans le pays de la source et comme intérêt dans le pays de la résidence. Un ajustement corrélatif devrait être accepté par le pays de la résidence, ce qui est fort peu vraisemblable en l'espèce.

Quant au principe de cohérence, il ne pouvait être invoqué parce qu'il suppose un lien direct concernant un seul et même contribuable entre un avantage fiscal et une taxation correspondante. En fait, la Cour exige maintenant cumulativement une cohérence micro-économique au niveau du même contribuable et une cohérence macro-économique, les Etats se partageant la matière imposable par des traités dont la cohérence doit être appréciée à ce niveau (Wielockx)⁵.

98

^{5 -} A. Cordewener, Company Taxation, Cross-Border Financing and Thin Capitalization in the EU Internal Market: Some Comments on Lankhorst-Hohorst GmbH, Eur. Tax., 2003, p. 102; O. Thoemmes, R. Strilf et K. Nakhai, Thin Capitalization Rules and Non-Discrimination Principles, An analysis of thin capitalization rules in light of the non-discrimination principles in the EC Treaty, double tax treaties and friendship treaties, Intertax, 2004, p. 126; L. Brosens, Thin Capitalization rules and EC Law, EC Tax Review, 2004, p. 188; M. Aliguara, De Marks & Spencers uitspraak: de relevantie voor de fiscale eenheid in Nederland, Weekblad Fiscaal Recht, 2004, p. 286; I. Doerr, A Step Forward in the Field of European Corporate Taxation and Crossborder Loss Relief; Some Comments on the Marks & Spencer Case, Intertax, 2004, p. 180.

B. Application de la directive mère-filiale

La Cour de justice n'a pas eu à examiner l'applicabilité de la directive mère-filiale à la distribution de dividendes déguisés puisqu'elle a jugé la requalification contraire à l'article 43 du Traité. Toutefois, l'avocat général avait conclu que, dans un cas où la requalification serait légitime, la directive devrait s'appliquer. Ses conditions d'application sont réunies : taxation liée à une distribution de dividendes, qu'elle soit formelle ou déguisée ; liaison entre le montant de l'impôt et celui de la distribution ; dette d'impôt liée à la distribution, ce qui est démontré par exemple par l'impossibilité de compenser l'augmentation de base imposable par des pertes reportées.

Sans doute la distribution doit-elle, aux termes de la directive, être faite à la société mère en sa qualité d'actionnaire. Toutefois, le but de la directive, qui est d'éliminer la double imposition sur toute distribution de profits et de faciliter le regroupement de sociétés au niveau de la Communauté, doit primer sur une interprétation formaliste de cette condition⁶.

C. Application à d'autres pays : Danemark

La disposition législative danoise destinée à combattre la sous-capitalisation (art. 11 de la loi d'impôts sur les sociétés) est très semblable à la règle allemande. L'intérêt est non déductible si une société mère étrangère prête des fonds ou constitue une sûreté consentie à un prêteur en faveur de sa filiale ou de sa succursale danoise dès lors que la dette de la succursale ou filiale dépasse quatre fois ses fonds propres⁷.

§ 2 : Mouvements des contribuables entre Etats membres : Lasteyrie

Compte tenu des traités bilatéraux préventifs de la double imposition, l'émigration d'un résident d'un pays vers un autre déplace généralement l'imposition des revenus suivants : pensions, revenus d'assurance-vie et plus-values dans la mesure où elles ne sont pas réalisées au moment du départ.

^{6 -} D. Gutmann et L. Hinnekens, The Lankhorst-Hohorst Case. The ECG finds German thin capitalization rules incompatible with freedom of establishment, EC Tax Review, 2003, p. 95.

⁷⁻N. Vinther et E. Werlauff, The Need for Fresh Thinking about Tax Rules on Thin Capitalization: The consequences of the judgement of the ECG in Lankhorst-Hohorst, EC Tax Review, 2003, p. 103; comp. en France, C. Brokeland, Cross-border intra-group financing in France after the Conseil d'Etat Decisions of 30 December 2003, EC Tax Review, 2004, p. 181; en Espagne, E. Concerrado, Controlled foreign company and thin capitalization rules are not applicable in Spain to entities resident in the European Union, EC Tax Review, 2004, p. 102; aux Pays-Bas, Dutch Thin Capitalization Rules from 2004 onwards, Intertax, 2004, p. 454; en Allemagne, O.-F. Kerssenbrack, In the Wake of Lankhorst-Hohorst, Intertax, 2004, p. 306; A. Körner, The New German Thin Capitalization Rules: Tax Planning, Incompatibility with European Law, Intertax, 2004, p. 401.

Les Etats tentent de se prémunir contre cette perte de matière imposable par trois types de mesures :

Les taxes à la sortie (*exit taxes*) sont perçues lors de l'émigration, généralement sur la plus-value non réalisée de participations importantes dans les sociétés. Elles peuvent être générales ou, comme dit ciavant, limitées à certains types d'actifs. Elles sont basées sur la fiction d'une réalisation lors du passage de la frontière. En Allemagne, le paiement peut être réparti sur cinq ans moyennant paiement d'intérêts et fourniture d'une garantie.

En Autriche, la taxe est due lors de l'émigration mais elle peut être différée jusqu'à la réalisation des actions en cas d'émigration vers un pays de l'Espace Economique Européen ou vers la Suisse.

Le Danemark accorde un report jusqu'à la réalisation des actions ou à la mort du contribuable.

Les Pays-Bas et la France n'enrôlent pas un impôt proprement dit mais enrôlent à titre conservatoire pour une période de dix ou cinq ans respectivement suivant l'émigration, moyennant fourniture d'une garantie.

L'impôt est perçu en cas de réalisation des actions ou de liquidation de la société par exemple.

Les extensions d'imposabilité sont basées sur la fiction que le contribuable émigrant demeure résident du pays où il résidait antérieurement et reste soumis à impôt sur certains revenus. L'impôt n'est perçu que lorsque le revenu est effectivement réalisé (Allemagne, Suède, Finlande, Italie, Espagne, Irlande, Royaume-Uni).

La «recapture» est appliquée par certains pays lorsqu'un avantage fiscal relatif à un revenu dont l'imposition a été différée a été obtenu et est suivi d'un transfert de résidence vers un pays qui aurait le droit de taxer le revenu en cas de perception (Finlande, Allemagne, France, Suède, Danemark, Pays-Bas, Belgique, Royaume-Uni)⁸.

La compatibilité des taxes à l'émigration avec les traités et avec le droit européen a été posée depuis longtemps. Techniquement, l'imposabilité naît juste avant l'émigration. Il s'agit toutefois d'une apparence.

^{8 -} L. De Broe, Hard Times for Emigration Taxes in the EC, Liber Amicorum M,J. Ellis; J. Groux, L'exit tax de l'article 167bis du CGI, mise à mal par la Cour de justice de Luxembourg a-t-elle encore un avenir, Bull. Fiscal Francis Lefebvre, 2004, p. 301; comp. HVJEG, 11 maart 2004 (Hughes de Lasteyrie du Saillant); exit voor de Nederlandse Emigratieheffing, Weekblad Fiscaal Recht, 2004, p. 1274. Les dispositions françaises ont été abrogées par la loi de Finances pour 2005.

Certains y voient un treaty override.

Quant au droit européen, il est évident que ces taxes constituent un obstacle à la mobilité, donc à la liberté d'établissement.

L'impôt français, introduit en 1998 en présence de nombreux cas d'émigration vers la Belgique et l'Angleterre (CGI, art. 167bis), impose la plus-value non réalisée sur participations importantes, tout en consentant un différé d'imposition au contribuable, moyennant déclaration par lui et constitution d'une garantie. Après cinq ans ou lors du retour en France pendant cette période, la dette fiscale est éteinte d'office. Dans les autres cas, l'impôt est dû sur la plus-value, au taux de 16 % à l'époque (CGI, art. 160, I).

La Cour de justice⁹ vit dans cet impôt une atteinte discriminatoire à la liberté d'établissement puisque l'émigrant est soumis à un impôt sur une plus-value non réalisée qu'il aurait évité s'il était resté en France. Cette différence de traitement peut le dissuader d'émigrer, le caractère conservatoire de l'enrôlement étant lié à la constitution d'une garantie, et le privant de la jouissance du patrimoine offert en garantie.

La disposition ne peut être justifiée par un objectif légitime d'intérêt général.

Elle n'est pas limitée aux montages purement artificiels et s'applique à toute situation dans laquelle l'émigrant possède une participation significative dans une société française.

Le transfert de domicile à l'étranger ne peut être considéré comme impliquant nécessairement évasion fiscale.

Celui qui réside à l'étranger sera soumis à l'impôt dès lors qu'il vend ses actions dans les cinq ans, alors qu'il peut n'avoir aucune intention de retourner en France.

L'objectif de prévention d'un départ temporaire dans un seul but fiscal peut être atteint par d'autres mesures, par exemple par une imposition lors du retour à bref délai.

La Cour a été plus loin que dans ses précédents arrêts.

Dans l'arrêt X & Y¹⁰, elle avait suggéré un enrôlement conservatoire lors du départ de résidents suédois vers l'étranger.

^{9 -} C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, arrêt du 11 mars 2004.

^{10 -} C-436/011, X & Y, arrêt du 21 novembre 2002.

Dans l'arrêt Denkavit¹¹, elle avait admis, lorsque la période de deux ans de détention d'actions justifiant l'exonération de dividendes payés par une filiale à sa société mère n'était pas accomplie, que l'exemption soit accordée à titre temporaire moyennant garantie de la société mère.

Dans ces deux cas, l'imposition concernait des gains qui avaient été réalisés. Dans l'affaire Lasteyrie, la taxation concernait un revenu non réalisé.

Concernant l'objectif de prévention des abus, des décisions non fiscales de la Cour ont considéré comme artificielles des opérations accomplies pendant un voyage aller et retour (*round trip*). Dans l'affaire Leclerc, des livres étaient exportés de France de façon à pouvoir y être réimportés en échappant à la réglementation des prix de détail des livres. L'application des règles sur la liberté de mouvements des marchandises a été refusée compte tenu du but de fraude à la loi (*C*-229/83).

Dans une autre affaire, des biens étaient exportés pour obtenir des restitutions agricoles, puis étaient réimportés, au prix de droits de douane qui étaient toutefois inférieurs à la restitution ; celle-ci a été refusée (Emsland-Stärke, C-110/99).

En prônant une imposition lors du retour, la Cour a peut-être été inspirée par la législation anglaise qui, depuis 1998, taxe les émigrants revenant au Royaume-Uni dans les cinq ans, après avoir réalisé des plusvalues sur actifs qui auraient normalement été soumises à la *capital gains tax* au Royaume-Uni.

Curieusement, un second argument, la cohérence fiscale, avait été invoqué par d'autres parties que le gouvernement français. La Cour le rejeta, constatant que la règle attaquée n'avait pas pour but général de taxer toutes les plus-values nées pendant la période de résidence en France de l'émigrant. En effet, la France accorde un crédit d'impôt pour l'impôt qui serait payé à l'étranger sur la plus-value réalisée, ce qui contredit l'idée que le pays d'émigration a le droit de taxer le gain né pendant la période de résidence dans ce pays. En cas de retour en France, ce pays ne considère d'ailleurs pas qu'il y a lieu d'augmenter le coût fiscal de l'actif pour le calcul de la plus-value (step-up of basis).

L'imposition de l'accroissement annuel de valeur des biens est une caractéristique des impôts sur la fortune et non des impôts sur les revenus ou les plus-values.

Dans quel sens les systèmes fiscaux des Etats membres devront-ils être modifiés après cette décision ? Trois solutions sont a priori possibles.

^{11 -} C-283/94, C-291/94 et C-292/94, Denkavit International, Vitic et Voormeer, arrêt du 17 octobre 1996.

Les Etats membres pourraient émettre un enrôlement conservatoire sans exigence de garantie et sans intérêt. Tant pour l'émigrant que pour celui qui demeure résident, l'impôt ne serait perçu qu'en cas de réalisation.

Toutefois, la simple existence d'un enrôlement peut nuire financièrement à l'émigrant alors qu'elle n'existe pas dans le cas de celui qui demeure résident.

Le crédit du premier sera diminué.

Une seconde solution est l'imposition lors du retour. Toutefois, elle devra s'accompagner d'un crédit pour l'impôt payé dans l'autre Etat, où l'émigrant était résident lors de la réalisation, avec la difficulté que l'impôt et le crédit concerneront deux exercices différents.

Une troisième possibilité est de prolonger l'obligation fiscale en cas d'émigration, en demandant l'assistance de l'Etat d'immigration pour la perception de l'impôt.

La Cour de cassation en Belgique a semblablement déclaré contraire au traité franco-belge l'imposition fictive levée par la Belgique sur les capitaux d'assurance-pension, à un moment censé précéder l'émigration (Cass. 5 décembre 2003). Cette imposition était contraire aux articles 26 et 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ayant pour but de mettre à néant l'effet de l'article du traité bilatéral relatif aux pensions, attribuant le droit de les taxer au pays de la résidence, à savoir le pays d'immigration.

§ 3 : Consolidation fiscale – Compensation entre gains et pertes : Marks & Spencer

La consolidation ou intégration fiscale des résultats d'une société mère et de ses filiales ou, plus généralement, des sociétés d'un groupe est généralement limitée au territoire national. En revanche, dans les pays qui appliquent le système du revenu mondial, les pertes des établissements stables étrangers peuvent parfois être déduites du revenu national de la société mère, moyennant «recapture» de la perte en cas de réalisation de bénéfices à l'étranger par l'établissement stable ultérieurement.

Ainsi, le système anglais du *group relief* permet à la société mère de déduire les pertes de filiales anglaises, même si ces pertes résultent de pertes d'établissement stables dont elle disposerait à l'étranger mais non de déduire les pertes de filiales étrangères.

La société anglaise Marks & Spencer Plc avait mis fin à ses opérations sur le continent avec le résultat que de nombreuses filiales européennes avaient subi des pertes. Les *Special Commissioners* ont estimé ne pas devoir poser de question préjudicielle à la Cour de justice et ont considéré la législation anglaise comme conforme au droit européen (Décision des 25 et 26 novembre 2002).

La High Court, elle, posa une question préjudicielle. L'impact financier d'une décision négative serait considérable dans tous les pays pratiquant l'intégration fiscale.

La décision des *Commissioners* se décline en quatre propositions :

- Le Royaume-Uni n'est pas tenu d'appliquer le même régime fiscal aux établissements stables étrangers et aux filiales étrangères.
- Il suffit que la même forme d'établissement soit traitée de la même façon au Royaume-Uni et à l'étranger.
- Les filiales étrangères ne sont pas dans une situation objectivement comparable à celle des filiales anglaises.
- La division de la juridiction fiscale entre Etats membres est liée au défaut d'harmonisation des impôts directs en Europe et ne s'identifie pas à une restriction de la liberté d'établissement.
- A supposer qu'une telle restriction existe, elle est justifiée par la règle de proportionnalité.

Que penser des deux arguments du contribuable, à savoir la comparaison entre filiale et succursale et la comparaison entre filiales résidentes et filiales étrangères ?

Comparaison entre succursale et filiale étrangère

Si les pertes d'une filiale étrangère ne peuvent être imputées sur les profits de la société mère britannique, c'est tout simplement parce que ces deux sociétés ont une personnalité juridique différente.

Toutefois, la fiscalité des groupes vient bouleverser cette logique. Un régime d'intégration fiscale apporte en effet une exception au principe déduit des personnalités juridiques distinctes.

Le système du group relief ne s'applique pas à des filiales étrangères mais il a toutefois une portée internationale : en effet, les pertes de succursales étrangères peuvent être compensées avec les profits de filiales britanniques.

Dès lors, le Royaume-Uni serait obligé de permettre également le transfert des pertes d'une filiale étrangère à la société mère britannique.

Emergence d'un droit fiscal européen de l'entreprise, de ses actionnaires et de ses prêteurs ses prêteurs

Il en serait autrement d'un système totalement territorial comme le système français, estime le Professeur Gutmann dans l'étude citée¹².

Comparaison entre filiales résidentes et filiales étrangères

Il existe une différence de situation entre filiales résidentes et filiales étrangères communautaires. Le refus du *group relief*, à supposer qu'il ne soit pas discriminatoire, constituerait néanmoins une restriction.

Il a été jugé récemment dans l'affaire Bosal Holding que la non déductibilité des frais liés à une participation étrangère était discriminatoire dès lors que cette déduction était accordée aux frais engagés pour créer une participation nationale ou une participation dans une société ayant un établissement stable sur le territoire national, néerlandais en l'espèce (C-168/01).

D'ailleurs, dans un marché intérieur, ne faut-il pas considérer que la création d'une filiale étrangère est comparable à celle d'une filiale résidente ?

La Cour a estimé, en général, que la situation des non-résidents n'est pas comparable à celle des résidents (Schumacker, C-279/93). Si la Cour estimait qu'en principe les filiales étrangères et les filiales résidentes doivent, quant à la possibilité d'imputer les pertes dans un régime de groupe, être traitées de façon identique, il en résulterait nécessairement que, même en dehors d'un tel régime, les pertes des succursales étrangères devraient pouvoir être imputées au même titre que celles des succursales résidentes sur les profits du siège central, ce qui n'est actuellement pas le cas dans tous les régimes fiscaux.

Le régime français de territorialité de l'impôt des sociétés disparaîtrait.

Le Professeur Gutmann voit à cette extension un obstacle majeur : la Cour de justice ne peut exercer un contrôle que si l'Etat membre concerné a exercé une compétence. En ne dépassant pas ses frontières, et en adoptant un strict régime de territorialité, la France n'exerce pas sa compétence à l'égard des succursales étrangères et le Royaume-Uni n'a jamais prétendu, en dehors de son régime de *controlled foreign companies*, imposer les filiales étrangères.

Si le Royaume-Uni doit succomber dans l'affaire Marks & Spencer, c'est parce qu'il exerce sa compétence fiscale sur des succursales étrangères. Il

^{12 -} D. Gutmann, La fiscalité française des groupes de sociétés à l'épreuve du droit communautaire - Réflexions sur l'affaire Marks & Spencer pendante devant la CJCE, Droit fiscal, 2006, p. 681; *id.*, The Marks & Spencer Case: Proposals for an alternative way of reasoning, EC Tax Review, 2003, p. 154.

faut se rappeler par ailleurs qu'une proposition de directive (COM. 1990, 595 final du 6 décembre 1990), aujourd'hui retirée, avait été rédigée en vue de permettre la compensation transfrontalière des pertes de succursales et de filiales qualifiées, détenues à 75 % par une société mère.

Le Professeur Meussen partage l'avis des *Special Commissioners* et considère que la seule situation critiquable aux yeux de la Cour de justice est celle dans laquelle une perte transfrontalière ne peut être déduite dans aucun pays : ainsi, dans l'affaire Amid (C-141/99), le bénéfice d'un établissement stable étranger devait être compensé avec une perte belge avec la conséquence que le report de celle-ci était mis à néant.

Dans l'affaire Futura (C-250/95), la Cour a estimé que la perte française du siège central ne devait pas être déduite du bénéfice luxembourgeois d'un établissement stable.

En l'absence d'harmonisation des impôts directs en Europe, on ne peut aller plus loin¹³.

Le Professeur Meussen veut dès lors apporter une exception dans l'hypothèse où il s'agit de la perte de liquidation d'une filiale étrangère, dans la mesure où cette perte ne pourrait être prise en considération comme perte en capital. En effet, après liquidation, la perte de la filiale ne pourra jamais être déduite dans le pays étranger. Le raisonnement paraît curieux dès lors qu'on adhère au principe de territorialité.

La Cour¹⁴ a estimé que la restriction à la liberté d'établissement que constitua le refus d'imputation au Royaume-Uni des pertes de filiales étrangères peut être justifié par des raisons d'intérêt général.

Si les filiales pouvaient opter pour une prise en compte de leurs pertes soit dans leur Etat d'établissement, soit dans l'Etat d'établissement de leur société mère, la répartition du pouvoir d'imposition entre Etats membres serait perturbée.

De plus, un risque de double emploi des pertes existerait.

Enfin, des transferts de pertes pourraient être organisés vers les pays à taux d'imposition élevé, dans un but d'évasion fiscale.

Toutefois, ces justifications disparaissent si la filiale non résidente a

¹³ - G. Meussen, The Marks & Spencer Case : Reaching the Boundaries of the EC Treaty, EC Tax Review, 2003, p. 144.

^{14 -} C-446/03, Marks & Spencer plc, arrêt du 23 décembre 2005.

épuisé les possibilités de prise en compte des pertes existant dans son Etat de résidence et s'il n'existe pas dans cet Etat de possibilité de prise en compte de ces pertes au titre d'un exercice futur.

La décision aura donc un effet significatif, mais limité, sur les systèmes d'intégration fiscal existant en Europe¹⁵.

§ 4 : Pertes étrangères : Ritter

Une autre question préjudicielle pose la question de la déduction des pertes étrangères en général¹⁶.

Monsieur et Madame Ritter, fonctionnaires allemands, sont domiciliés en France. En raison d'une fiction de droit allemand, ils sont, en tant que fonctionnaires, considérés comme résidents allemands et taxés en Allemagne sur leur revenu mondial. Toutefois, le traité franco-allemand attribue à la France le droit de taxer le revenu immobilier, exonéré en Allemagne.

Le revenu produit par la résidence propre du contribuable est, en droit allemand, considéré comme un revenu immobilier, duquel peuvent toutefois être déduits différentes sortes de frais, la déduction ayant pour conséquence, dans le cas du couple Ritter, une perte de 6 000 euros en 1987 (DEM 12 000).

L'application de la méthode d'exemption a pour conséquence que la perte n'est pas prise en considération en Allemagne¹⁷.

En outre, la méthode d'exemption prévue par le droit allemand est une exemption avec réserve de progressivité. Aux termes de règles extrêmement complexes, la perte en question était exclue du calcul de la base imposable destinée à déterminer le taux applicable 18.

^{15 -} M.P. Scheunemann, Decision in the Marks & Spencer Case : A Step Forward, but no Victory for Cross-Border Group Taxation in Europe, Intertax, 2006, p. 55.

¹⁶⁻Ritter, C-152/03, posée par le Bundezfinanzhof, 11 novembre 2002, Der Betrieb, 2003, p. 857 et IStR, 2003, p. 314, note Vogel, Deutsches Steuerrecht, 2003, p. 685, note Gosch.

¹⁷⁻La Cour suprême administrative autrichienne avait, au contraire, décidé, qu'en application de l'article 23a de la Convention modèle OCDE, la méthode d'exemption ne s'appliquait qu'aux revenus et ne pouvait couvrir les pertes (Décision du 25 septembre 2001, ISTR, 2001, p. 754); Zehetner, Austrian Supreme Administrative Court: Exemption Method and Foreign Losses - A Change in the Interpretation of the DTC, EC Tax Review, 2002, p. 39.

^{18 -} Cf. A. Cordewener, Foreign Losses, Tax Treaties and EC Fundamental Freedoms: A new German Case before the ECG, European Taxation, 2003, p. 294; A. Körner, Reference to the ECG by the German Federal Fiscal Court for a preliminary Ruling: Does European Law require Cross-Border Loss Relief?, Intertax, 2003, p. 489.

La Cour suprême allemande a manifesté qu'elle considérait qu'une contrariété au droit européen était vraisemblable et a posé deux questions préjudicielles :

- contrariété aux articles 43 (liberté d'établissement) et 56 (liberté de mouvements des capitaux) de la prohibition de déduire en Allemagne des pertes encourues à l'étranger sur des biens immobiliers ;
- en cas de réponse négative, contrariété aux mêmes dispositions de la prohibition de prendre ces pertes en considération pour le calcul de la réserve de progressivité négative.
- Malheureusement, sur le plan des faits, il faut bien constater que les Ritter ne faisaient pas usage de la liberté d'établissement des indépendants et que l'article 56 du Traité dans sa forme actuelle n'était pas en vigueur à l'époque.

La Cour pourrait donc ne pas répondre.

Si, toutefois, elle répond d'une façon générale, les conséquences de sa décision pourraient être importantes.

Pour la première fois, une disposition conventionnelle bilatérale serait jugée contraire au Traité CE si la réponse à la première question était positive. Un Etat, bien qu'exemptant un revenu étranger, devrait prendre en considération la perte étrangère.

Jusqu'à présent, la Cour n'a examiné que des problèmes de prise en considération de pertes nationales (Amid), sauf dans l'affaire Mertens (C-431/01).

Faut-il considérer qu'en refusant par exemple à une entreprise de déduire la perte d'un établissement stable étranger situé dans un pays à traité, avec lequel la méthode d'exemption a été convenue, le pays de la résidence établit une discrimination entre la création d'un établissement dans ce pays et à l'étranger ? Sans doute la perte pourrait-elle faire l'objet d'une récupération en cas de bénéfice ultérieur à l'étranger mais cette circonstance incertaine ne permet pas d'écarter la discrimination.

En ce qui concerne l'Allemagne, le système conventionnel n'est pas conforme au système interne qui existerait en l'absence de traité. D'ailleurs, même en présence d'un traité, pendant une certaine période, la déduction des pertes des établissements étrangers actifs a été autorisée sous réserve de «recapture».

Une réponse affirmative pure et simple à cette question condamnerait également le système français de la territorialité de l'impôt des sociétés. Peut-être pourrait-il être sauvé car, dans ce cas, le système conventionnel correspond au système interne. En revanche, dans le cas de l'Allemagne, c'est l'acte volontaire que constitue la conclusion d'un traité qui amène une discrimination n'existant pas en droit interne.

On voit donc émerger de la jurisprudence de la Cour, en l'absence d'harmonisation expresse, un régime facilitant la création d'entreprises dans le marché intérieur, en garantissant à l'investisseur communautaire la faculté de consentir à ses filiales des prêts dont les intérêts seront déductibles, à l'individu le droit de déplacer sa résidence sans imposition discriminatoire et de bénéficier sur les revenus de ses placements étrangers des mêmes avantages que sur ses placements nationaux. Peut-être demain l'investisseur ou l'individu se verront-ils confirmer le droit de déduire ou de consolider leurs pertes étrangères dans les mêmes conditions que leurs pertes nationales.

Section II - Harmonisation positive

L'harmonisation positive de la fiscalité directe en Europe, qui s'était, en ce qui concerne les entreprises, limitée pendant longtemps à la directive mère-filiale, à la directive fusions et à la convention dite d'arbitrage sur les prix de transfert, connaît maintenant une accélération remarquable, d'abord par la modification et l'extension du champ d'application de la directive mères-filiales, ensuite par la proposition de modification de la directive fusions, couplée au règlement sur la société européenne entrés en vigueur le 8 octobre 2004, et enfin par la directive sur les paiements d'intérêts et de redevances entre sociétés associées.

§ 1 : La directive mères-filiales et son extension

Paradoxalement, la directive mères-filiales et les autres mesures adoptées par les décisions du Conseil européen du 23 juillet 1990, la directive fusions et la convention prix de transfert, eurent pour contrepartie l'abandon de fait de l'objectif d'harmonisation des impôts directs en Europe, qui avait longtemps été un objectif de la Commission. Le Commissaire à la fiscalité, Madame Scrivener, avait reconnu, par une communication du 20 avril 1990, qu'il y avait lieu de renoncer à une telle ambition tout en se contentant de l'adoption du "paquet" comportant les trois mesures citées ci-avant¹⁹.

La directive mères-filiales devait être mise en œuvre dans tous les Etats membres avant le 1^{er} janvier 1992. Déjà à ce moment, les experts du Comité Ruding soulignaient ses insuffisances et proposaient entre autres deux modifications :

¹⁹ - Directive concernant l'imposition des sociétés, SEC (90/601) final.

- son application à toutes les sociétés assujetties à l'impôt des sociétés, indépendamment de leur forme juridique ;
- une extension de la méthode d'imputation aux impôts payés non seulement par les filiales mais également par les sous-filiales, quel que soit leur degré²⁰.

Il fallut reconnaître en 1997 que les temps n'étaient pas mûrs pour ces modifications. Il subsistait des différences insurmontables entre Etats, les uns considérant telle forme d'entreprise comme une personne morale soumise à l'impôt et les autres la considérant comme fiscalement transparente et imposant ses revenus dans le chef de ses actionnaires.

Le 23 octobre 2001, la Commission publia sa communication intitulée "Vers un marché intérieur sans obstacles fiscaux – une stratégie pour l'établissement d'une base d'imposition consolidée aux entreprises pour l'impôt des sociétés applicable à leurs activités dans l'ensemble de l'Union européenne"²¹. Parmi de nombreuses propositions destinées à éliminer les obstacles fiscaux aux activités économiques transnationales, cette communication proposait divers amendements à la directive mères-filiales. Ces amendements trouvèrent leur aboutissement dans la directive 2003/123/CE du 22 décembre 2003²².

Par ailleurs, la Cour de justice des Communautés a eu, pendant cette période, l'occasion de rendre divers arrêts spécifiquement consacrés à l'interprétation de la directive mères-filiales, dans des situations nées de contrariétés entre des législations nationales et cette directive²³.

A. Le but de la directive mères-filiales

Le but de la directive mères-filiales est rappelé dans son préambule : le traitement des distributions de dividendes entre filiale et mère diffère d'Etat à Etat ; il est généralement moins favorable lorsque ces deux entreprises sont établies dans des pays différents que lorsqu'elles sont établies dans le même Etat. La coopération internationale en est défavorisée par comparaison avec la coopération nationale entre entre-

²⁰⁻Report of the Ruding Committee: conclusions and recommendations of the Committee of independent experts on company taxation, Eur. Tax., 1992, p. 114.

^{21 -} Com. 2001/582 final.

^{22 -} JOCE, 13 janvier 2004, L-7, p. 41; L. De Broe et R. De Boeck, De Moeder-Dochterrichtlijn: Europese Fiscale Piecemeal – Engineering op weg naar harmonie *in* B. Peeters, ed., Europees belastingsrecht; Bruxelles, Larcier, 2005, p. 347; G. Maisto, The 2003 amendments to the EC Parent-Subsidiary Directive: what's next, EC Tax Review, 2004, p. 164.

^{23 - 17} octobre 1996, C-283/94, C291/94 et C-292/94, Denkavit; 8 juin 2000, C-375/98, Epson; 4 octobre 2001, C-294/99, Athinaïki Zythopoiia; 18 septembre 2003, C-168/01, Bosal; 25 septembre 2003, C-58/01, Océ Van der Grinten, 25 janvier 2005.

prises. Une réglementation commune facilitera notamment le regroupement d'entreprises.

Une cohérence est ainsi établie entre la directive mères-filiales et la directive fusions.

Les avantages de la création de groupes européens ne sont plus à souligner : amélioration de l'efficience par des économies d'échelles ; possibilité de sélection du partenaire le plus approprié ; diminution du nationalisme économique et amélioration des positions concurrentielles des entreprises européennes par rapport aux entreprises américaines²⁴. On retrouve des objectifs semblables à ceux de l'élimination des obstacles à la concurrence par l'article 81 du Traité CE, tout en constatant que l'article 82 et la réglementation sur les concentrations viendront au contraire placer des bornes à ce processus.

En théorie, une relation mère-filiale internationale pourrait donner lieu à une triple imposition :

- impôt des sociétés dans l'Etat de la source, à savoir l'Etat d'établissement de la filiale ;
- imposition à la source sur le bénéfice distribué;
- imposition sur le même bénéfice dans l'Etat de la société mère.

Bien que cette situation, en raison de dispositions unilatérales et de traités bilatéraux préventifs de la double imposition, se présente rarement, l'imposition des dividendes transfrontaliers était généralement moins favorable que celle des dividendes nationaux.

La directive établit une solution simple :

- suppression des retenues à la source ;
- suppression de la double imposition par l'une des deux méthodes classiques, exonération ou imputation.

Comme on le verra, cette simplicité n'est qu'apparente et tous les problèmes de double imposition n'ont pas été éliminés, loin de là.

B. Interprétation de la directive

L'interprétation de la directive revient, comme celle des textes européens en général, à la Cour de justice conformément à l'article 234 du Traité CE qui permet de saisir la Cour par voie de question préjudicielle. Les juges nationaux peuvent également se livrer à son interpré-

^{24 -} F. De Hosson, The parent-subsidiary directive, Intertax, 1990, p. 414; F. Bulgarelli, Neutralità impositiva degli utili intragruppo, in Lo Stato della fiscalità nell'Unione europea. L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione, Università di Bologna, coord. Adriano di Pietro, 2003, p. 555.

tation. Le principe de la bonne foi communautaire les oblige à suivre les mêmes méthodes d'interprétation que la Cour de justice, conformément à l'article 10 du Traité.

La Cour, dans son œuvre d'interprétation des directives, utilise quatre méthodes qui ne connaissent pas de hiérarchie bien définie : les méthodes d'interprétation littérale, téléologique, systématique et historique.

L'interprétation littérale ou grammaticale exige que les mots soient interprétés conformément à leur signification normale et usuelle. Afin d'assurer l'uniformité de l'interprétation des concepts communautaires, la Cour ne pourra pas recourir à des interprétations empruntées aux ordres juridiques nationaux des Etats membres. Il en est autrement dans l'interprétation des traités préventifs de la double imposition conformes au traité modèle de l'OCDE qui renvoie, en l'absence de définition, à l'interprétation découlant de la législation fiscale de l'Etat membre où l'impôt est d'application²⁵.

Les concepts de la directive mères-filiales auront donc une signification autonome et européenne. Il est ironique que les Etats membres se voient ainsi frustrés de leur but lorsqu'ils utilisent volontairement des concepts larges et vagues dans les directives. L'interprétation de la Cour de justice leur imposera une interprétation unique.

Toutefois, la Cour se borne rarement à une interprétation littérale, comme on va le voir, et tient essentiellement compte du but de la directive. Il n'en est autrement que dans un cas, lorsqu'il s'agit d'interpréter une disposition dérogatoire à une disposition générale. La Cour se range alors à la règle de l'interprétation stricte des exceptions. Il en a été ainsi, par exemple, dans l'affaire Denkavit : la possibilité pour les Etats membres d'imposer une durée de détention minimum de la participation de la mère dans la filiale doit être interprétée strictement puisqu'elle forme une exception à l'article 5 § 1 de la directive instituant l'exonération de retenue à la source : "une interprétation qui, en la défaveur du contribuable, irait au-delà du texte même de l'article 3 § 2 n'est donc pas acceptable".

Le but de la directive fournit l'instrument essentiel de son interprétation. Le préambule trouvera là toute son importance. Les juridictions nationales se rangent également à l'interprétation téléologique des directives européennes²⁶.

 $²⁵⁻Art. 3, \S\ 2. La\ directive\ renvoie\ toutefois\ a\ deux\ endroits\ au\ droit\ fiscal\ national:\ pour\ la\ definition\ du\ domicile\ fiscal\ (art.\ 2,\ \S\ 1,b)\ et\ pour\ la\ qualification\ d'une\ filiale\ comme\ fiscalement\ transparente\ (art.\ 4,\ \S\ 1bis).$

^{26 -} Cf. par exemple Cass. belge, 2 décembre 1996, Arr. Cass., 1996, p. 1130, n°470.

L'interprétation systématique ou structurelle permet à la Cour de donner aux directives une portée cohérente avec l'ensemble du texte lui-même et de la législation européenne, en tenant compte de l'interaction entre les diverses dispositions de la directive. Ainsi, dans l'affaire Denkavit, la Cour a estimé que la règle de détention obligatoire pendant deux ans constituait une application spécifique de la disposition antiabus de l'article 1, § 2 de la directive destinée à éviter des constructions artificielles ayant pour but de profiter du régime de la directive².

La méthode d'interprétation historique ne pourrait s'appuyer que sur des textes publiés, comme les avis du Comité économique et social ou du Parlement européen. La Cour ne pourrait se fonder sur les procès-verbaux du Conseil, qui ne sont pas publiés, et a déjà souligné que les intentions exprimées par les Etats membres au Conseil n'ont pas de force juridique dès lors qu'elles ne sont pas déposées dans des dispositions législatives²8. La directive doit en outre être interprétée conformément au Traité. Un exemple en est donné par l'arrêt Bosal²9. L'article 4, § 2 de la directive permet d'exclure des charges déductibles d'une société mère celles qui sont en rapport avec une participation dont les revenus bénéficient de la directive. La loi néerlandaise³0 faisait usage de cette possibilité, mais exceptait de la non-déductibilité les frais qui contribuaient à la création d'une matière imposable aux Pays-Bas, soit parce que la société filiale étrangère disposait d'un établissement stable imposable aux Pays-Bas.

La Cour a reconnu que le régime néerlandais était, à strictement parler, conforme à l'article 4, § 2 de la directive et donc compatible avec celle-ci mais que l'exclusion des frais relatifs à des participations étrangères communautaires constituait une violation de l'article 43 CE relatif à la liberté d'établissement. Elle influençait en effet négativement le choix de la société mère de créer une société filiale dans un autre pays de l'Union. Elle était en outre contraire au but de la directive, à savoir l'élimination des obstacles fiscaux aux relations entre mères et filiales d'Etats différents.

La méthode d'interprétation de la Cour est conforme à la hiérarchie des normes européennes. Les Etats membres ne peuvent prendre de dispositions internes contraires au Traité. Ce qu'ils ne peuvent faire

^{27 -} Denkavit, considérant 31.

^{28 - 13} février 1996, C-197/94 et C-252/94, Bautiaa et Société française maritime, considérant 51. L'exclusion, lors des discussions du Conseil, des Kapitalanlagegesellschaften allemandes et des Beleggingsinstellingen néerlandaises du champ d'application de la directive n'a donc aucune portée juridique (voir 2ème Chambre des Etats généraux des Pays-Bas, sess. 1991-1992, 22334, n°7, p. 7).

^{29 -} C-168/01, 18 septembre 2003. D. Aigner, ECJ - The Bosal Holding BV Case: Parent-Subsidiary Directive and Freedom of Establishment, Intertax, 2004, p. 148.

^{30 -} Art. 13, § 1.

L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?

directement, ils ne peuvent le faire indirectement en adoptant d'abord une directive et en lui donnant une exécution contraire au Traité.

C. Effet direct de la directive

Pour qu'une disposition de la directive mères-filiales ait un effet direct, il faut qu'elle soit suffisamment claire et inconditionnelle, que la date de transposition de la directive soit dépassée et qu'un particulier invoque ces dispositions à l'égard d'un organe de l'Etat.

L'article 5, qui prévoit l'exonération de retenue à la source, possède un tel caractère comme l'ont montré des arrêts successifs³¹.

Le contraire a été prétendu en ce qui concerne l'article 4, entre autres parce qu'il offrirait le choix entre deux méthodes, l'exonération et l'imputation. Il faut toutefois constater que, dès lors qu'un Etat a opté pour l'exonération conformément à l'article 4, § 1, il a l'obligation de s'abstenir d'imposer le bénéfice distribué par la filiale et que cette disposition est suffisamment formelle pour avoir un effet direct.

La possibilité d'introduire des restrictions par des dispositions antiabus, comme l'exigence d'une durée de détention minimum, n'empêche pas l'applicabilité directe de la disposition.

Il en a été jugé ainsi par un Tribunal belge en ce qui concerne l'application de la méthode d'exonération par la Belgique³².

D. Modifications de la directive mères-filiales

La directive 2003/123/CE du 22 décembre 2003 a apporté des modifications importantes à la directive dans quatre domaines :

- extension des formes de sociétés visées ;
- extension du régime aux établissements stables bénéficiaires de dividendes ;
- abaissement du seuil de participation ;
- extension de la méthode d'imputation aux sous-filiales.

^{31 -} Denkavit, Epson, Athinaïki Zythopoiia, Océ Van der Grinten.

^{32 -} Civ. Bruxelles, 5 avril 2003, Tijdschrift voor Fiscaal Recht, 2004, p. 171, frappé d'appel, note J. Creus et B. van Vlierden, DBI, Van aftrek naar vrijstelling? (Revenus définitivement taxés, De la déduction à l'exonération). La Belgique ne permet en effet qu'une déduction des revenus définitivement taxés (dividendes intersociétés) de la base imposable et non une véritable exonération. Il en résulte qu'à défaut de base imposable et à concurrence des revenus définitivement taxés, une perte d'exploitation subie par une entreprise ne sera pas reportable à l'exercice suivant.

1. Extension de la liste des sociétés qualifiées

La liste des sociétés qualifiées visées par la directive qui, dans certains Etats, était limitée aux sociétés de capitaux et le cas échéant aux organismes de droit public a été étendue, notamment aux sociétés coopératives, à certains types de sociétés n'ayant pas de capital, à des entités ayant pour objet l'exercice d'activités commerciales ou à des banques d'épargne. De très nombreux Etats membres en ont profité pour étendre l'application de la directive à toutes les entités constituées conformément à leur droit et assujetties à l'impôt sur les sociétés. Certains Etats membres n'ont pas suivi cette initiative qui aurait permis l'élimination de la liste elle-même³³.

La société européenne a également été ajoutée à la liste. Certains considéraient que cette addition n'était pas nécessaire, la société européenne devant être traitée comme une société de capitaux. Cette opinion ne nous paraît pas pouvoir être suivie, le règlement établissant le statut de la société européenne prévoyant expressément qu'il s'agit d'une nouvelle forme de société et ne renvoyant au droit national des sociétés de capitaux qu'à titre subsidiaire.

2. Extension de la directive aux établissements stables

La version initiale de la directive permettait le maintien de la double imposition lorsqu'une participation était détenue non par le siège central d'une société mais par un établissement stable. L'article 4, § 1 ne s'adressait en effet qu'à l'Etat membre de la société mère et non à l'Etat membre de la localisation de l'établissement stable, sous réserve de l'obligation, déduite du droit primaire, d'égalité de traitement entre les établissements stables et les sociétés résidentes³⁴.

En ce qui concerne l'exonération de retenue à la source, la situation prêtait au contraire à controverse. Lorsque la société, l'établissement stable et la société filiale étaient chacun situés dans un Etat membre différent, toutes les conditions de la directive imposant l'élimination de la retenue à la source étaient remplies. Une société filiale d'un Etat membre distribuait un bénéfice à une société mère située dans un autre Etat membre, peu importe que ce dividende ait été payé à un établissement stable situé dans un troisième Etat membre.

^{33 -} Danemark, Irlande, Italie, Portugal, Suède, Finlande.

^{34 -} C-307/97, Saint-Gobain, arrêt du 21 septembre 1999 ; G. Maisto, *op. cit.*, p. 165 ; E. Zanotti, Taxation of Inter-Company Dividends in the Presence of a PE : the Impact of the EC Fundamental Freedoms, Eur. Tax., 2004, p. 493 et p. 535.

De même, si la société filiale et l'établissement stable d'une société mère étrangère étaient situés dans le même Etat, il y avait également paiement à une société mère située dans un autre Etat. De nombreux Etats membres ne se ralliaient pas à cette interprétation favorable. La modification de 2003 rend la directive applicable :

- lorsqu'un établissement stable situé dans un autre pays que la société mère reçoit un dividende d'une société filiale située dans un autre Etat membre que celui de l'établissement³⁵;
- lorsqu'un établissement stable d'une société mère située dans le même pays que sa filiale mais situé, lui, dans un deuxième pays reçoit une distribution de la filiale³⁶.

La directive ne s'appliquera donc pas lorsque l'établissement stable et la filiale sont situés dans le même pays, même si l'établissement stable est celui d'une société étrangère. La même situation existe en application de la directive 2003/49/CE sur les intérêts et redevances. Le préambule permet l'introduction de mesures anti-abus. En effet, dans la situation décrite ci-avant, il suffirait à la société mère de créer un établissement stable dans un autre Etat membre avec pour fonction exclusive la détention de la participation dans la filiale.

La directive introduit en même temps une définition de l'établissement stable: toute installation fixe d'affaires située dans un Etat membre dans laquelle l'activité d'une société d'un autre Etat membre est exercée en tout ou en partie, dans la mesure où les bénéfices de cette installation d'affaires sont assujettis à l'impôt dans l'Etat membre dans lequel elle se situe en vertu du traité fiscal bilatéral applicable ou, en l'absence d'un tel traité, en vertu du droit national³⁷. Cette définition exclura par exemple les établissements stables qui se limitent à des activités préparatoires ou auxiliaires, puisqu'ils ne sont pas soumis à l'impôt.

Demeure la question de l'applicabilité de la directive lorsque société mère et filiale sont chacune situées dans un Etat membre mais lorsque la participation est détenue à l'intervention d'un établissement stable située dans un Etat tiers, non membre de l'Union européenne. Il avait déjà été soutenu que, dans ce cas, la directive devait être appliquée : l'Etat de la filiale devait exonérer la distribution de retenue à la source ; le pays de l'établissement stable n'était pas lié par la directive mais l'Etat du siège de la société mère devait, en intégrant les résultats de l'établisse-

^{35 -} Art. 1.1, 3ème tiret.

^{36 -} Art. 1.1, 4ème tiret.

^{37 -} Art. 2, § 2.

Emergence d'un droit fiscal européen de l'entreprise, de ses actionnaires et de ses prêteurs ses prêteurs

ment stable dans le résultat de la société mère, consentir l'exonération ou l'imputation prévue par la directive³⁸.

Cette opinion a été admise par le Comité économique et social dans un avis du 29 octobre 2003³⁹.

3. Abaissement du seuil de participation

La Commission avait proposé un abaissement immédiat de 25% à 10%. Elle n'a pas été suivie : le seuil devra être abaissé à 20% lors de la date d'entrée en vigueur de la directive, le 1er janvier 2005 puis à 15% (1er janvier 2007) et 10% (1er janvier 2009).

La plupart des Etats membres prévoyaient déjà un seuil égal ou inférieur à 10 % pour l'application de l'exemption du dividende ou de l'imputation de l'impôt. Il n'en est en revanche pas de même pour l'exonération de retenue à la source.

L'occasion n'a pas été saisie de résoudre diverses autres questions controversées, auxquelles les Etats membres apportent des réponses divergentes. La participation doit-elle être détenue en pleine propriété ou un usufruit suffit-il ? La propriété économique est-elle assimilée à la propriété juridique ? Les participations détenues indirectement sont-elles contenues dans le calcul du seuil ? Le bénéficiaire de dividendes doit-il en être le bénéficiaire effectif ou ultime ou, sous réserve des mesures anti-abus, la société mère peut-elle être une société conduit ?

4. Extension de la méthode d'imputation

Dans le système initial, les dividendes payés par une sous-filiale et redistribués par la filiale à la société mère ne devaient pas être exonérés ou bénéficier d'une imputation dans l'Etat de cette dernière puisqu'ils n'avaient pas subi d'imposition dans l'Etat de la sous-filiale en raison de l'application par ce dernier Etat de l'exonération ou de l'imputation. Une telle situation était manifestement contraire au but de la directive.

Il est désormais prévu, lorsque la méthode d'imputation est appliquée, que la société mère ou l'établissement stable pourront déduire du montant de leur impôt la fraction de l'impôt afférente au bénéfice dis-

^{38 -} F. Prats, Application of The Parent-Subsidiary Directive to permanent establishments, Eur. Tax., 1995, p. 180; pour une synthèse de jurisprudence récente, v. M. Rossi, Principi fondamentali del Trattato CE e normativa statale in materia d'imposte diretti nella giurisprudenza della corte di giustizia CE, Dir. Prat. Trib., 2004, p. 689.

^{39 -} Com. 2003/462 final, n°3.1.2., 2003/0179 (CNS), JOCE, 5 février 2004, C. 32, p. 118, point 3.1.5.

tribué et acquittée par la filiale et toutes sous-filiales, à condition qu'à chaque niveau la société et sa sous-filiale remplissent les conditions de la directive et en particulier les conditions de seuil⁴⁰.

A nouveau, l'occasion n'a pas été saisie de résoudre un problème auquel les Etats membres donnent des solutions divergentes, celui de la limitation de l'imputation au montant de l'impôt national dû sur le revenu distribué. Rien n'impose que l'exonération ou le crédit d'impôt soit par exemple reportable aux exercices suivants⁴¹.

5. Sociétés fiscalement transparentes

L'extension de la liste des sociétés visées par la directive posait une question technique. Nombre de ces sociétés ont un caractère hybride et peuvent être considérées dans certains Etats comme fiscalement transparentes. Dès lors que l'Etat de la société mère attribuait à celle-ci le revenu, même non distribué, de la filiale, rien ne l'obligeait à lui consentir les allégements de la double imposition prévus par la directive.

Il a dès lors été prévu que, pour imposer la quote-part de la société mère dans le bénéfice non distribué de la filiale, l'Etat membre de la société mère devait soit l'exonérer, soit lui consentir une imputation pour l'impôt perçu dans le pays de la filiale, à condition que les présupposés de la directive et notamment les conditions de seuil soient remplis. De plus, l'Etat de la société mère s'abstiendrait de toute imposition lors de la distribution ultérieure par la filiale des bénéfices ayant déjà subi le régime fiscal prédécrit.

La transparence de la filiale est appréciée par l'Etat de la société mère selon ses propres règles mais en tenant compte des caractéristiques juridiques de la filiale telles qu'elles résultent du droit qui a présidé à sa constitution. Les caractéristiques fiscales de la filiale dans le pays où celle-ci est établie ne sont donc pas prises en considération.

Il aurait été plus simple de se référer purement et simplement aux règles de l'Etat de la filiale pour apprécier la transparence de celle-ci⁴². La plupart des Etats membres ne l'ont pas voulu, sans doute pour maintenir leur régime de sociétés étrangères contrôlées.

^{40 -} Art. 4, § 1, 2eme tiret.

^{41 -} Cf. ci-dessus pour le cas de la Belgique, note 32.

^{42 -} Art. 4, § 1bis.

E. Distribution des dividendes aux actionnaires individuels et de portefeuille

En l'absence d'harmonisation quelconque de la taxation des dividendes au niveau européen, nous pourrons être beaucoup plus brefs. Comme les rapports présentés au congrès de l'International Fiscal Association à Sydney en 2003 l'ont montré, les méthodes d'imposition des dividendes reçus par des actionnaires ultimes sont nombreuses :

- système classique avec double taxation;
- système d'imputation ou de crédit d'impôt, l'imputation se caractérisant par le lien qu'elle établit avec le montant de l'impôt payé par la société et le crédit d'impôt étant dégagé d'un tel lien, les deux avantages pouvant être totaux ou partiels ;
- prise en considération partielle du dividende dans le revenu, par exemple à concurrence de moitié ;
- système d'imputation duale, un taux peu élevé étant appliqué au capital générateur de revenus, qu'il s'agisse d'ailleurs d'intérêts ou de dividendes.

Le système d'imputation avait joui jadis de la faveur de nombreux Etats européens (France, Grande-Bretagne, ...). Il créait un problème international en ce que, sauf extension par traité, l'imputation n'était pas accordée aux actionnaires étrangers. La question devient largement théorique, ce système étant graduellement abandonné.

La seule exigence européenne sera celle de respecter la non-discrimination prévue par le traité: un avantage fiscal consenti aux dividendes ne pourra pas être refusé aux dividendes en provenance d'autres Etats membres⁴³.

Sur la base d'une récente analyse de la Commission européenne⁴⁴, on constate qu'après la quasi disparition des systèmes d'imputation, les systèmes d'imposition des dividendes chez l'actionnaire de portefeuille individuel en Europe se répartissent comme suit :

- système classique : Irlande ;
- système d'imputation le cas échéant en voie de disparition : Espagne, France, Italie, Finlande, Royaume-Uni, Malte ;
- système cédulaire avec application soit d'un taux réduit, soit de l'inclusion d'une partie du dividende dans le revenu : Belgique, Danemark, Allemagne, Luxembourg, Pays-Bas, Autriche, Portugal, Suède, Chypre, République tchèque, Hongrie, Lituanie, Pologne, République slovaque, Slovénie ;
- exemptions : Grèce, Estonie, Lettonie.

^{43 -} CJCE 6 juin 2000, C-35/98, Verkooijen. Cf. U. Ilhi, K. Malmer, P. Schonewille, I. Tuominen, Dividend Taxation in the European Union, International Fiscal Association, 2003 Sydney Congress, Cahiers de Droit fiscal international, vol. 83 A, Trends in Company - Shareholder taxation: single or double taxation?, p. 71.

⁴⁴⁻Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee, Dividend taxation of individuals in the Internal Market, 19 décembre 2003, Com. 2003 (810 final).

Dans tous les cas, les systèmes devront être appliqués conformément au Traité. On peut s'interroger sur la compatibilité avec celui-ci du refus d'imputation des retenues à la source étrangères lorsque l'impôt est perçu selon la méthode cédulaire.

§ 2: Extension de la directive fusions45

C'est avec optimisme que l'exposé des motifs rappelle la déclaration du Conseil européen de Lisbonne en 2000, selon laquelle l'Union européenne se fixait l'objectif de devenir l'économie, basée sur la connaissance, la plus compétitive et la plus dynamique du monde, assurant une croissance soutenue et une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi.

Quoiqu'il en soit de ces objectifs à un moment où l'Europe demeure loin derrière les croissances américaine et asiatique, la Commission avait reçu mandat d'examiner les dispositions fiscales dressant des obstacles aux activités transfrontalières dans le marché intérieur.

Les modifications de la directive fusions sont l'un des résultats des études de la Commission.

A. Champ d'application

La directive actuelle 46 s'applique aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions qui concernent des sociétés de plusieurs Etats membres. La fusion est définie, ainsi que la scission, comme une dissolution sans liquidation, l'apport d'actifs comme l'apport de l'ensemble d'une ou de plusieurs branches de l'activité d'une société à une autre et l'échange d'actions comme l'acquisition par une société dans le capital d'une autre d'une participation lui conférant la majorité des droits de vote moyennant attribution de titres aux associés de la société acquise.

Il convenait d'y ajouter l'opération définie comme scission partielle (split off - segregación), apport d'une ou de plusieurs branches d'activités par une société à une autre, accompagné de l'émission de titres qui sont remis directement aux associés de la société apporteuse avec, le cas échéant, une soulte en argent n'excédant pas 10 % de la valeur nominale ou du pair comptable des titres.

^{45 -} Com. 2003/613final du 17 octobre 2003.

^{46 -} Directive n°90/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre, JOCE n°1-225 du 20 août 1990 modifié et rebaptisée par la Directive n°2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005, JOCE, n°1-58 du 4 mars 2005, p. 19; cf. en droit français, M. Chadefaux, Les fusions de sociétés – régime juridique et fiscal, Paris, Groupe Revue fiduciaire, 2005, spéc. p. 168; E. van den Branden, The Merger Directive amended : the final version, EC Tax Review, 2005, p. 119.

Emergence d'un droit fiscal européen de l'entreprise, de ses actionnaires et de ses prêteurs ses prêteurs

L'apport s'accompagnera du maintien d'un établissement stable de la société bénéficiaire dans l'Etat de la société apporteuse⁴⁷. La société apporteuse devra conserver au moins une branche d'activité. Les titres attribués auront la même valeur que les titres échangés.

Le champ d'application est également étendu à d'autres formes de sociétés que celles prévues dans l'annexe actuelle de la directive, qui était limitée essentiellement aux sociétés de capitaux, y compris les sociétés à responsabilité limitée, ainsi qu'aux établissements et entreprises publiques à caractère industriel et commercial. L'objectif n'est toutefois pas atteint d'étendre l'application de la directive de façon générale à toutes les sociétés soumises à l'impôt des sociétés dans tous les pays.

La société européenne et la société coopérative européenne sont expressément visées.

B. Sociétés transparentes

La fusion ou la scission n'entraîne aucune imposition des plusvalues dès lors que la société bénéficiaire conserve les valeurs fiscales des éléments d'actif et de passif transférés aux fins de calcul des amortissements, plus-values et moins-values. Dans le cas contraire, la taxation peut avoir lieu.

1. Société apporteuse transparente

Dès lors qu'un Etat membre considère, en imposant les associés d'une société apporteuse d'un autre Etat membre, que celle-ci, en vertu des dispositions de droit civil applicables aux sociétés commerciales, est transparente, il s'abstiendra d'imposer les revenus ou plus-values réalisées par les associés situés sur son territoire, dans les mêmes conditions que celles qui s'appliqueraient si la société apporteuse n'était pas considérée comme transparente⁴⁸.

Nonobstant cette règle, l'Etat de l'associé qui a une participation directe ou indirecte dans la société apporteuse ou dans le cas d'un échange d'actions, dans la société contrôlée, pourra imposer les associés. Dans ce cas, il devra admettre la déduction de l'impôt que l'entité transparente aurait dû payer en raison de l'opération si le régime de différé d'imposition n'avait pas été applicable⁴⁹.

^{47 -} Art. 2b bis.

^{48 -} Art. 4.2 nouveau.

^{49 -} Art. 10bis 1 et 2.

A défaut de ce droit d'imposition, l'Etat membre de l'associé aurait été exposé au risque que la société acquéreuse ne soit pas transparente, avec la conséquence que cet Etat aurait perdu le droit d'imposer les plus-values générées par une transmission ultérieure des actifs.

2. Société associée transparente

De même, un Etat membre dans lequel résideraient des sociétés, considérées comme transparentes, elles-mêmes associées d'une société étrangère qui réalise l'une des opérations visées par la directive, devra s'abstenir d'imposer les associés de la société considérée par cet Etat comme transparente⁵⁰.

L'exonération des plus-values sur échange de titres est, de façon générale, soumise à la condition que les titres nouveaux reçoivent la valeur fiscale des titres anciens. A défaut, la taxation peut s'appliquer.

La soulte en espèces peut toujours être taxée dans la mesure de la plus-value.

Par dérogation à cette règle, l'Etat membre de l'associé pourra ne pas appliquer l'exemption s'il considère la société bénéficiaire ou, dans le cas d'un échange d'actions, la société contrôlante comme transparente⁵¹.

S'il s'agit de considérer comme transparente une société bénéficiaire, l'Etat membre de l'associé pourra lui appliquer le traitement fiscal qu'il appliquerait si la société bénéficiaire avait eu sa résidence fiscale dans cet Etat⁵².

C. Participation de la société bénéficiaire dans la société apporteuse

L'annulation de la participation ne donnera pas lieu à imposition dès lors que la participation atteint un pourcentage identique à celui qui est défini par la directive mère-filiale (20 % en 2005, 15 % en 2007 et 10 % en 2011)⁵³.

D. Transformation de succursale en filiale

Les apports d'actifs bénéficient de l'exonération des plus-values ainsi que de l'éventualité d'un report de pertes s'il est prévu par le droit interne⁵⁴ à condition que les valeurs fiscales des actifs transférés soient

^{50 -} Art. 8.3 nouveau : il s'agit ici d'une non taxation de l'attribution de titres.

^{51 -} Art. 10bis 3.

^{52 -} Art. 10bis 4.

⁵³ - Art. 7.2 nouveau, remplaçant l'art. 7 ancien qui fixait la participation à $25\,\%$.

^{54 -} Art. 5 et 6 anciens.

maintenues⁵⁵. L'exonération suppose toutefois le maintien d'un établissement stable de la société bénéficiaire dans l'Etat de la société apporteuse. Dans le cas d'une transformation de succursale en filiale, ce n'est pas dans l'Etat membre de la société apporteuse qu'un établissement stable de la société bénéficiaire est maintenu mais dans l'Etat de la société bénéficiaire. L'application de la directive pouvait donc être refusée.

Il était déjà prévu que lorsque, parmi les biens apportés à l'occasion d'une fusion, d'une scission ou d'un apport d'actifs, figurait un établissement stable de la société apporteuse situé dans un Etat autre que celui de l'apporteuse et de la bénéficiaire, l'Etat de la situation de l'établissement stable renonçait à imposition, sauf dans la mesure des pertes antérieures de l'établissement stable dont il aurait permis la compensation avec des bénéfices du siège central⁵⁶. Cet Etat de situation de l'établissement stable devait appliquer les dispositions de la directive comme s'il avait été l'Etat de la situation de la société apporteuse.

L'application de cet article est étendue à l'hypothèse dans laquelle l'établissement stable est situé dans le même Etat membre que la société bénéficiaire et vise donc une transformation de succursale en filiale⁵⁷.

E. Double imposition à l'occasion d'apport d'actifs

En cas d'apport d'actifs, la valeur des actifs reçus demeure, chez la société bénéficiaire, la valeur ancienne que les actifs avaient chez la société apporteuse. Parallèlement, les titres reçus en échange de ces actifs conservent la valeur des titres anciennement détenus par la société apporteuse.

Une double imposition peut en résulter en cas d'aliénation d'une part des actifs, d'autre part des titres. La mesure va au-delà de ce qui serait nécessaire pour prévenir des manœuvres d'évasion fiscale. La proposition de la Commission avait prévu que les titres reçus en contrepartie de l'apport d'actifs par la société apporteuse se verraient attribuer la valeur réelle des éléments d'actif et de passif transférés, calculée immédiatement avant l'apport⁵⁸.

Cette proposition n'a pas été adoptée et a disparu du texte définitif.

^{55 -} Art. 9 ancien.

^{56 -} Art. 10 ancien.

^{57 -} Art. 10.1, al. 4 nouveau ; exposé des motifs, considérant 23.

^{58 -} Proposition, Art. 9.2 nouveau ; exposé des motifs, considérant 26.

F. Echange d'actions

Une double imposition peut également naître lors de l'échange d'actions.

Dans le chef de la société acquérante qui reçoit des titres de la société acquise, la directive ne prévoit rien en ce qui concerne la valorisation des titres. En revanche, elle prévoit que l'exonération de la plusvalue chez les associés de la société acquise qui reçoivent des titres de la société acquérante est subordonnée à leur obligation d'attribuer aux titres reçus la valeur ancienne des titres échangés⁵⁹. Dans certains pays, la société acquérante doit également maintenir pour les titres reçus la valeur que ces titres avaient immédiatement avant l'échange d'actions. En cas d'aliénation des deux catégories de titres, une double imposition aura donc lieu. La Commission avait prévu que, dans les opérations d'échange d'actions, la société acquérante donne aux titres reçus la valeur réelle des titres attribués par elle aux associés de la société acquise⁶⁰.

G. Attribution d'actions propres dans un échange d'actions

La proposition faisait une exception à cette règle dans l'hypothèse où la société acquérante procurerait aux associés de la société acquise des actions propres qu'elle aurait acquises sur le marché à une valeur éventuellement inférieure. Dans cette hypothèse, les Etats membres auraient pu déroger à la règle en fonction de la valeur que les actions propres acquises avaient immédiatement avant l'échange⁶¹.

Cette exception ne doit plus être prise en considération, la proposition principale n'ayant pas été adoptée.

H. Extension du champ d'application de l'échange d'actions

Contrairement à la proposition de la Commission, il n'est pas prévu expressément que l'échange d'actions exonéré couvre l'acquisition de la majorité des droits de vote d'une société acquise auprès d'associés qui ne sont pas résidents de l'Union européenne⁶². Une société résidente dans un Etat membre aurait pu sans équivoque obtenir ainsi la majorité des droits de vote en l'acquérant auprès d'associés qui sont résidents dans des Etats tiers non membres de l'Union européenne⁶³.

^{59 -} Art. 8.2 ancien.

^{60 -} Proposition, Art. 8.10 nouveau ; exposé des motifs, considérants 27, 28 et 29.

^{61 -} Proposition, Art. 8.11 nouveau; exposé des motifs, considérant 30.

^{62 -} Proposition, Art. 8.12 nouveau.

^{63 -} Proposition, Exposé des motifs, considérant 31.

En revanche, il est prévu expressément que l'échange d'actions couvre l'acquisition de la majorité des droits de vote d'une société acquise ou, si l'acquérante dispose déjà de la majorité, d'un accroissement de sa participation⁶⁴.

I. Transfert de siège d'une société européenne ou d'une société coopérative européenne

Les transferts de siège prévus par les nouveaux règlements applicables aux sociétés européennes et aux sociétés coopératives européennes s'effectueront sans imposition des plus-values à condition que les actifs et passifs concernés restent investis dans un établissement stable situé dans l'Etat d'origine et que la valeur fiscale soit maintenue.

La société qui transfère son siège est considérée en même temps comme apporteuse et bénéficiaire. Si la société qui transfère son siège dispose d'un établissement stable dans un Etat qui n'est ni son Etat d'origine ni son Etat de destination, l'Etat de localisation de l'établissement stable s'abstiendra de taxer la plus-value réalisée sur celui-ci conformément à l'article 10 ancien. Si des pertes ont été déduites des bénéfices du siège central, elles pourront être réintégrées, conformément au même article. Toujours conformément à cet article, si l'Etat d'origine applique l'imposition du bénéfice mondial, il peut imposer la plus-value sur le transfert de l'établissement stable à condition de permettre l'imputation de l'impôt fictif qui aurait frappé cette plus-value dans l'Etat de situation de l'établissement stable.

§ 3 : Directive sur les paiements d'intérêts et de redevances entre sociétés associées et de différents Etats membres⁶⁶

Le droit positif harmonisé européen n'a abordé les paiements d'intérêts entre entreprises que lors de l'adoption du "paquet fiscal" par le Conseil Ecofin du 21 janvier 2003, même si une proposition de directive avait, en différentes versions, été présentée antérieurement.

^{64 -} Art. 2, a).

^{65 -} Art. 10.2, exprimé sans doute de façon erronée dans le commentaire des articles, art. 1.11, qui se réfère à l'impôt déjà payé dans l'Etat membre où est situé l'établissement stable, alors qu'il s'agit d'un impôt fictif dans l'article 10. Sur l'ensemble des dispositions, voir les articles 10 ter à 10 quinquies nouveau. Comp. M.T. Soler Roch, Tax Residence of the SE, Eur. Tax., 2004, p. 14.

^{66 -} Directive 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associés d'Etats membres différents ; K. Eicher et F. Aramini, Overview on the recent developments of the EC Directive on Withholding Taxes on Royalty and Interest Payments, EC Tax Review, 2004, p. 134; O. Hermand, La Directive fiscale du 3 juin 2003 sur les intérêts et les redevances : une réalité à partir du 1er janvier 2004, à paraître in J.D.F. Pour un aperçu des étapes antérieures : D. Weber, The proposed EC Interest and Royalty Directive, EC Tax Review, 2000, p. 15; J. Malherbe et I. Richelle, Le "paquet fiscal" européen et la fiscalité des entreprises : lutte contre la concurrence fiscale dommageable et fiscalité des intérêts et redevances intra-groupes, Comptabilité et fiscalité pratiques, 2002, p. 239; J.D. Oliver, The proposed EU Interest and Royalties Directive, Intertax, 1999, n°67, p. 204.

Le "paquet fiscal" lie des décisions politiques relatives aux mesures à prendre contre la concurrence fiscale dommageable, la directive, adoptée depuis, sur les paiements d'intérêts à des particuliers, et la directive concernant les paiements d'intérêts et de redevances entre entreprises associées.

La directive opte pour la taxation des intérêts et redevances dans l'Etat de la résidence et la suppression des impositions, généralement à la source, dans l'Etat d'origine, que les paiements soient le fait de sociétés d'Etats membres ou d'établissements stables de sociétés d'Etats membres. Il a en effet été constaté qu'en l'absence d'une telle mesure l'élimination de la double imposition n'était pas assurée, tandis que les entreprises étaient soumises à des charges administratives et à des problèmes de trésorerie. Les opérations internationales sont donc désavantagées par rapport aux opérations nationales.

A. Définition des intérêts et redevances

Sans surprise, les intérêts sont définis comme les revenus de créances de toute nature garantis ou non par une hypothèque et assortis ou non d'une clause de participation au bénéfice, en particulier les revenus d'obligations, y compris les primes et lots mais à l'exclusion des pénalités pour paiements tardifs⁶⁸.

L'Etat membre d'origine peut exclure :

- les paiements traités comme distribution de bénéfices ou remboursement de capital ;
- -les paiements d'intérêts sur créances qui comprennent un droit de participation au bénéfice du débiteur ;
- -les paiements d'intérêts sur créances assorties d'un droit du créancier d'échanger son droit à intérêt pour un droit à participation dans les bénéfices du débiteur :
- les paiements d'intérêts sur créances ne prévoyant pas le remboursement du principal ou le prévoyant plus de 50 ans après l'émission⁶⁹.

La directive est muette sur le sort des intérêts requalifiés en dividendes (cf. ci-dessus Lankhorst-Hohorst).

En ce qui concerne les paiements d'intérêts par un établissement stable, la directive prévoit que l'établissement stable ne sera considéré

^{67 -} Exposé des motifs, considérants 1 et 2.

^{68 -} Art. 2.

^{69 -} Art. 4.1.

Emergence d'un droit fiscal européen de l'entreprise, de ses actionnaires et de ses prêteurs ses prêteurs

comme payeur des intérêts que si ces paiements représentent une dépense déductible fiscalement⁷⁰. Une disposition semblable n'existe pas en ce qui concerne les paiements effectués par des sociétés.

La question de l'applicabilité de la directive mère-filiale reste entière.

Rien n'est prévu pour éviter de façon efficace la double imposition, sous réserve de l'application d'un traité.

B. Définition des sociétés associées et des établissements stables

Comme la directive mère-filiale, la directive intérêts-redevances contient une liste type de sociétés visées, étant généralement les sociétés de capitaux, y compris les sociétés à responsabilité limitée ainsi que les organismes de droit public régis par le droit privé, assujettis à l'impôt des sociétés et qui n'ont pas une seconde résidence fiscale en dehors de la Communauté en vertu d'un traité conclu avec un Etat tiers.

Deux sociétés sont associées si elles sont unies par des liens de participation de 25 %, entre elles ou l'égard d'une société tierce. Seules les participations directes entrent en ligne de compte alors qu'une proposition antérieure visait les participations indirectes.

On peut espérer que ce taux sera réduit progressivement à 10 % comme pour l'application de la directive mères-filiales.

Les Etats membres peuvent remplacer le critère de participation dans le capital par le critère de participation dans les droits de vote.

Quant à l'établissement stable, il est défini sans surprise comme un centre fixe d'affaires à travers lequel une société exerce tout ou partie de ses activités d'entreprise mais il doit s'agir d'une société d'un Etat membre et d'une installation fixe d'affaires située également dans un Etat membre.

L'établissement d'une société d'un Etat tiers dans la Communauté ne serait donc pas visé.

Rien n'empêche bien entendu des Etats membres d'étendre l'exonération à cette hypothèse.

A défaut, les Etats qui ne prévoient pas de retenue à la source sur intérêts, même lorsqu'ils sont payés à des résidents d'Etats tiers,

^{70 -} Art. 1.3.

L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?

seraient favorisés comme localisation potentielle d'entreprises emprunteuses.

C. Exigence supplémentaire : la qualité de bénéficiaire effectif

L'exonération ne s'applique que si la société ou l'établissement stable est le bénéficiaire effectif des intérêts ou redevances.

Une société est le bénéficiaire effectif si elle reçoit les paiements à son propre bénéfice et non en qualité d'intermédiaire.

Un établissement stable sera bénéficiaire effectif si les créances ou droits donnant lieu aux paiements d'intérêts ou redevances sont en relation effective avec cet établissement et si les intérêts ou redevances représentent un revenu soumis à l'impôt dans le chef de l'établissement⁷¹. Il est utilement prévu que, si un établissement stable est traité comme payeur ou bénéficiaire effectif, aucune autre partie de la "société" ne sera ainsi traitée⁷². La notion de bénéficiaire effectif sera généralement ignorée en tant que telle du droit des Etats membres⁷³.

En droit européen, elle doit être interprétée selon la finalité des dispositions communautaires.

Au contraire, en application des traités conclus selon le modèle de l'OCDE, les termes non définis doivent être interprétés par l'Etat qui a le pouvoir d'imposition⁷⁴. Encore faut-il que l'ordre juridique local contienne une telle interprétation. Sera-t-elle par exemple juridique ou économique ? En tous cas, l'interprétation communautaire ne peut s'identifier à l'interprétation du modèle OCDE même si les critères sont semblables⁷⁵

D. Conditions de durée

Les Etats membres peuvent exiger que le lien d'association ait existé pendant deux ans⁷⁶. Malgré la jurisprudence Denkavit, la directive ne précise pas si cette condition doit être remplie au moment du paiement (période d'attente) ou peut l'être à un moment ultérieur (période de détention).

^{71 -} Art. 1.4 et 5.

^{72 -} Art. 1.6

^{73 -} En droit belge, cf. J. Muyldermans, K. de Haen et N. Hostyn, Het begrip uiteindelijk gerechtigde naar Belgisch fiscaal recht, Algemeen Fiscaal Tijdschrift, 2002, p. 353.

^{74 -} Convention modèle, art. 3.2.

^{75 -} Com. OCDE, 11/8.1.

^{76 -} Art. 1.10.

E. Conditions administratives

L'Etat d'origine peut exiger une attestation établissant que les conditions d'application de la directive sont remplies et prévoir que l'exonération nécessiterait une décision expresse qui devrait être rendue dans les trois mois de la présentation de l'attestation⁷⁷. Les Etats membres peuvent également exiger, ce qui va de soi, la production des contrats relatifs aux paiements.

F. Fraudes et/ou abus

Le refus d'application de la directive en cas de fraude ou abus est réservé, en termes aussi obscurs que dans les directives mère-filiale et fusions⁷⁸.

G. Difficulté du multilinguisme

Les commentateurs français se sont intéressés à la curieuse formulation selon laquelle les paiements d'intérêts et redevances "échus" dans un Etat membre étaient exonérés et selon laquelle un paiement était réputé "échu" quand il était effectué par une société ou un établissement stable situé dans un Etat membre. Ces difficultés d'interprétation n'existent pas en espagnol où il est prévu simplement : los pagos de intereses o canones procedentes de un Estado miembro estarán exemptos. Se considerá que proceden de un Estado miembro los pagos efectuados por una sociedad o un establecimiento permanente radicado en un tal Estado.

§ 4 : La société européenne

Le règlement du 8 octobre 2001 approuvant le statut de la société anonyme européenne et sa directive sœur sont entrés en vigueur le 8 octobre 2004.

La société anonyme européenne peut être créée par transformation, par fusion, par constitution de holding ou par constitution de filiale. Elle ne peut être créée *ex nihilo*. Le règlement ne contient aucune disposition fiscale. C'est dès lors à la lumière des dispositions existantes qu'il faut analyser les problèmes qui se posent, y compris la directive modifiant la directive fusions en tant notamment qu'elle inclut la société européenne

^{77 -} Art. 1.11, 12 et 13.

^{78 -} Art. 5.

dans le champ d'application du texte et permet le transfert de siège sans conséquence fiscale⁷⁹.

A. Constitution

1. Impôts directs⁸⁰

La société européenne est une société anonyme dotée de la personnalité et ayant son siège dans la Communauté. Elle devrait donc bénéficier des règles européennes applicables à la société anonyme ; l'on estime cependant qu'en raison du caractère limitatif des énumérations qui y figurent⁸¹, une modification des textes des directives sera nécessaire pour viser expressément cette forme⁸².

La constitution de la société européenne peut intervenir par transformation d'une société anonyme existante ; une telle opération intervient dans la continuité de la personnalité et ne suscite donc à première vue aucun problème fiscal. Un problème pourrait cependant survenir si une société revêtant une autre forme voulait d'abord se transformer en société anonyme pour ensuite se transformer en société européenne : la première transformation n'est pas nécessairement exonérée, particulièrement si la société de départ n'était pas soumise à l'impôt des sociétés dans son pays.

La possibilité de constitution par fusion confirme l'introduction en droit des sociétés de la fusion internationale⁸³ dont certains pays avaient auparavant invoqué l'impossibilité pour s'abstenir de transposer complètement⁸⁴ la directive fiscale sur les fusions⁸⁵. La question pourrait prochainement être réglée expressément dans ces pays⁸⁶. Quoi qu'il en soit, les plus-values dégagées par l'opération doivent être exonérées en vertu de la directive fusions⁸⁷.

^{79 -} Ph. Malherbe, Réflexions sur le régime fiscal de la Societas europaea, Mélanges John Kirpatrick, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 575; M. Olislaegers et B. Peeters, Grensoverschijndende samenwerkingsvormers: De Europese Naamloze Vennootschap (SE): Een nieuwe vennootschapsvorm met een Europees en nationaal karakter, in B. Peeters, éd., Europees belastingsrecht, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 501, Tijdschrift voor Fiscaal Recht, 2003, p. 147.

^{80 -} P. Coucè, The Tax Treatment of the Creation of an SE, Eur. Tax., 2004, p. 15.

^{81 -} P.-L. Perin, La société par actions simplifiée, Paris, Joly, 2000, n°69.

^{82 -} Proposition de la Commission, 23.

^{83 -} Le droit des sociétés de nombreux pays n'interdit plus la modification d'éléments essentiels des statuts.

^{84 -} Cf. art. 211 Code des impôts sur les revenus belges.

^{85 -} Pour un commentaire, v. J. Kirkpatrick, Le régime fiscal des sociétés en Belgique, Bruylant, 1992, pp. 195 et s.; sur la compatibilité du régime actuel avec le droit communautaire : Examen de jurisprudence : Les impôts sur les revenus et les sociétés, R.C.J.B., 2001, pp. 98-99.

⁸⁶⁻Cf. en Belgique. Proposition de loi modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992 en vue de le mettre en concordance en matière de fusions internationales avec la directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents (Doc. Ch. 50 1517/1).

^{87 -} Directive n°90/434/CEE du conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, JO L 225 du 20.8.1990, p. 1.

Emergence d'un droit fiscal européen de l'entreprise, de ses actionnaires et de ses prêteurs ses prêteurs

La constitution par création de holding constitue une opération d'échange d'actions au sens de la directive fusions⁸⁸. Les plus-values sur actions sont exonérées dans de nombreux pays⁸⁹, ce qui assure la neutralité fiscale requise. Cependant, certaines des conditions posées, notamment en ce qui concerne le régime fiscal des revenus de la société filiale, apparaissent difficilement compatibles avec le caractère inconditionnel de la directive ; or l'on peut imaginer l'hypothèse où l'un des promoteurs de la SE serait une société ne répondant pas à ces conditions, si bien que sa société mère serait imposable sur la plus-value.

Quant à la constitution d'une filiale revêtant la forme de SE, elle constituera généralement un apport d'universalité ou un apport de branche d'activité, tous deux exonérés en vertu de la directive fusions⁹⁰; elle pourra également, si l'on n'y prend garde, constituer un apport simple pouvant entraîner la réalisation de plus-values taxables.

Dans tous les cas de figure, l'on peut supposer que l'opération n'aura pas « comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales », soupape prévue par la directive.

- 2. Impôts indirects
- a. Impôt sur les rassemblements de capitaux

Les opérations de restructuration – fusion, échange d'actions, transformation - sont exonérées d'impôt sur les rassemblements de capitaux⁹¹. La constitution par création de filiale pourra donner lieu au droit d'apport, sauf dans la mesure où elle constitue une fusion⁹².

b. Taxe sur la Valeur ajoutée

Les Etats membres ont le droit de considérer que la transmission d'une universalité totale ou partielle de biens ne constitue pas une livraison, si bien que la TVA n'est pas due⁹³, si l'Etat membre a opté pour ce système⁹⁴ et si la société bénéficiaire est un assujetti.

^{88 -} Art. 2 (d).

^{89 -} Belgique : art. 192 CIR.

^{90 -} Art. 2(c); art. 46 CIR.

^{91 -} Art. 9.1, directive 69/335/CEE du Conseil, du 17 juillet 1969, concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux; art. 117 à 121 C.Enr.

^{92 -} Sauf fusion "à l'anglaise", par apport de plus de 75% des actions d'une société (ancien art. 7, § 1er (b) de la directive du Conseil du 17 juillet 1969, introduit par la Directive 73/79/CEE du Conseil, du 9 avril 1973 et remplacé par la directive 85/303/CEE du 10 juin 1985; art. 117, § 3, C.Enr.).

^{93 -} Art. 5.8, 6è directive.

^{94 -} En Belgique, art. 11 CTVA.

B. Fonctionnement

La SE dispose de succursales et de filiales dans le pays de son siège, dans d'autres Etats membres et en dehors de la Communauté. Ces filiales et, dans une certaine mesure, ces succursales peuvent à leur tour disposer de succursales et de filiales.

Pour les succursales, l'imposition est réglée par le droit national⁹⁵ dans le respect des Conventions bilatérales préventives de la double imposition, qui, selon le modèle OCDE, permettent à l'Etat de la source d'imposer les établissements stables% et retiennent le principe de l'entreprise séparée réalisant son propre bénéfice, y compris, en ce qui concerne les opérations que l'établissement noue avec son siège principal, au terme de négociations virtuelles selon le principe de pleine concurrence (arm's length)97. Le droit communautaire permet aux Etats membres de prescrire la tenue de comptes distincts98, dont découlera d'une façon ou d'une autre⁹⁹ la base imposable. Dans l'Etat du siège principal, les bénéfices de la succursale étrangère sont soit exonérés, soit imposés avec crédit d'impôt étranger¹⁰⁰; ils ne peuvent faire obstacle au report des pertes nationales antérieures¹⁰¹. Rien n'est prévu concernant les pertes étrangères102, même si elles seront souvent déductibles dans l'Etat de la résidence, tout en y étant reprises au moment où elles peuvent être reportées à l'étranger. Les succursales bénéficient de la protection du droit communautaire, que ce soit quant au taux d'impôt¹⁰³ ou à d'autres modalités104.

^{95 -} Voyez notamment J. Kirkpatrick, Examen de jurisprudence (1983 à 1990) : Les impôts sur les revenus et les sociétés, R.C.J.B., 2001, et plus spéc. pp. 343 et suiv.

^{96 -} Convention modèle, art. 7.

^{97 -} Convention modèle, art. 7.2.

^{98 -} CJCE 15 mai 1997, C-250/95, Futura Participations S.A. et Singer/Administration des Contributions, Rec., 1997, p. 1-02471; en droit belge: J. Kirkpatrick, Le régime fiscal des sociétés en Belgique, *op. cit.*, pp. 265-267.

^{99 -} Certains Etats membres assoient l'impôt sur le bénéfice comptable après quelques corrections, d'autres requièrent un retraitement plus complet, mais il faut bien partir des comptes. Certaines succursales sont imposées sur la base de pourcentages forfaitaires des coûts ou du chiffre d'affaires, mais, là aussi, une donnée comptable est à la base du calcul.

^{100 -} Convention modèle, art. 23A et 23B.

^{101 -} CJCE, 14 décembre 2000, C-141/99, Amid.

¹⁰²⁻ L'art. 133 du projet ayant été abandonné et la proposition de directive du Conseil relative à un régime de prise en compte par les entreprises des pertes subies par leurs établissements stables et filiales situés dans d'autres Etats membres (COM/90/595FINAL; Journal officiel n°C 053 du 28/02/1991 p. 0030) n'ayant pas été adoptée.

^{103 -} Cf. l'avis motivé de la Commission de septembre 1993 (considérant que la différence de taux entre l'impôt des sociétés non résidentes et celui des sociétés résidentes était discriminatoire et contraire à la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux); CJCE 29 avril 1999, C-311/97, Royal Bank of Scotland plc / Etat hellénique.

^{104 -} L'on songera au crédit d'impôt étranger (CJCE 21 septembre 1999, C-307/97, Compagnie de Saint-Gobain, établissement allemand / Finanzamt Aachen Innenstadt, CJCE 28 janvier 1986, aff. n°270/83, Commission / France, Rec., pp. 285 et suiv. : la France refusait aux succursales françaises d'entreprises étrangères un crédit d'impôt - appelé avoir fiscal - sur les dividendes d'entreprises françaises. La Cour a jugé ce refus contraire à l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité et contraire à la liberté d'établissement.

Comme les possibilités de déduction des pertes dans le pays du siège central sont meilleures pour les sociétés opérant à l'étranger au moyen d'établissements stables que de filiales, il pourrait y avoir là une raison de substituer à une structure de groupe filialisée une société européenne dotée d'établissements stables¹⁰⁵.

Pour les filiales, le droit communautaire a retenu le principe du droit de l'Etat membre d'imposer la société résidente sur son territoire, tout en prescrivant à l'Etat de résidence de la société mère d'exonérer les dividendes ou de leur associer un crédit d'impôt indirect¹⁰⁶. Rien n'est prévu en ce qui concerne les plus-values sur participations, ni les pertes des filiales¹⁰⁷. Les paiements d'intérêts et de redevances bénéficient de la nouvelle directive y relative¹⁰⁸.

Dans les deux hypothèses – succursale et filiale – en cas de correction de bénéfices, la double imposition doit en principe être évitée, en dernier ressort, par l'effet d'un avis contraignant d'une commission mixte *ad hoc* mise en place selon la Convention¹⁰⁹ multilatérale¹¹⁰ entre Etats membres. Outre la lourdeur de la procédure, les nombreuses exceptions rendent le dispositif peu pratique.

Quant à l'actionnaire, le droit communautaire ne s'en préoccupe pas directement, mais il proscrit toute retenue à la source sur les dividendes distribués par les filiales, moyennant un lien de participation de 25 %, en voie d'abaissement à 10 %. Seul l'Etat de résidence de la holding de tête a donc le droit de percevoir une telle retenue à charge de l'actionnaire personne physique, sauf à celui-ci, s'il réside dans un autre Etat où il ne bénéficie pas d'un crédit d'impôt étranger, à tenter d'interposer une holding personnelle pour ne subir la retenue à la source que dans son Etat de résidence.

C. Transfert de siège

Le règlement relatif au statut de la société européenne prévoit la possibilité de transfert du siège statutaire de la SE d'un Etat membre à

^{105 -} M. Helminen, The Tax Treatment of the Running of an SE, Eur. Tax., 2004, p. 31.

^{106 -} Article 4.1 de la Directive n°90/435/CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, JO L 225 du 20.8.1990, p. 6. Le crédit direct permet l'imputation de la retenue à la source étrangère et le crédit indirect, l'imputation de l'impôt des sociétés étranger afférent au dividende.

^{107 -} Supra, note 101; J. Kirkpatrick, Le régime fiscal des sociétés en Belgique, op. cit., pp. 259-260. 108 - Cf. supra.

^{109 -} Convention n°90/436 du 23 juillet 1990 relative à l'élimination des doubles impositions en cas de corrections de bénéfices associés, JOCE du 20 août 1990, n°L225/10.2, dont la prorogation est en cours de ratification (Protocole modifiant la convention du 23 juillet 1990 relative à l'élimination des doubles impositions en cas de correction des bénéfices d'entreprises associées, JO n°C 202 du 16/07/1999 p. 0001).

^{110 -} Outre l'effet des clauses bilatérales conformes à l'article 9.2 de la Convention modèle, prévoyant l'ajustement corrélatif.

un autre sans dissolution ni création d'une personne morale nouvelle¹¹¹. Toutefois, la SE doit avoir dans le même Etat membre son siège statutaire (*registered office*) et son administration centrale (*head office*)¹¹². Le transfert du siège statutaire devra donc s'accompagner du transfert du siège central d'administration de la société.

Les Etats membres se divisent, sur le plan du droit international privé, entre la doctrine de l'"incorporation", liant la personnalité juridique de la société à l'Etat de constitution¹¹³ et la doctrine du siège réel, considérant que cette personnalité est liée au maintien du siège de la société dans le pays si elle a été constituée selon le droit de ce pays.

L'exigence de localisation nationale commune du siège statutaire et du siège réel est censée éviter les conflits entre ces deux conceptions en ce qui concerne la SE.

- 1. Impôts directs
- a. Etat de départ

Il n'existe actuellement pas de droit au transfert, d'un Etat membre à un autre, du siège d'une société en exemption d'impôts directs¹¹⁴. Indépendamment de la question de savoir si le transfert de siège à l'étranger d'une société "ordinaire" entraîne sa dissolution en droit des sociétés, la loi fiscale de nombreux Etats assimile cet évènement à une liquidation suivie de distribution¹¹⁵, certains faisant exception lorsque le transfert s'accompagne du maintien d'un établissement stable dans l'Etat de départ¹¹⁶. Les Etats qui voient dans le transfert une liquidation imposable et taxent les plus-values latentes ; les pertes fiscales non absorbées par ces plus-values sont généralement¹¹⁷ perdues. Il peut cependant paraître illégitime¹¹⁸ et contre-productif que ce transfert

^{111 -} Art. 8.1.

^{112 -} Art. 7.

^{113 -} Danemark, Finlande, Irlande, Pays-Bas, Royaume-Uni. L'Espagne et l'Estonie ont adapté leur loi à l'arrêt Uberscering (CJCE, 5 mars 2002, C-208/00) et reconnaissent le maintien de la personnalité juridique d'une société constituée selon le droit d'un autre Etat membre et transférant leur siège dans l'un de ces pays. Dans d'autres Etats, le même résultat est acquis par la jurisprudence (Belgique).

 $^{114\}text{-CJCE }27\text{ septembre }1988, n°C\text{-}81/87, Daily Mail. Voir la modification de la directive fusions, ci-dessus. }$

^{115 -} Allemagne, Belgique, Danemark, Finlande, France, Suède. Cf. International Bureau of Fiscal Documentation, Survey on the Societas Europaea, 2003, disponible sur Internet.

^{116 -} Autriche, Espagne, Irlande, Luxembourg, Pays-Bas, Royaume-Uni. Le Portugal ne perçoit pas d'impôt en cas de transfert de siège. La situation en Italie est incertaine.

^{117 -} Imaginons une société dotée d'un établissement stable en perte qui déplace son siège dans l'Etat de l'établissement ; un report des pertes n'apparaît pas inconcevable.

^{118 -} Voir l'arrêt de la Cour en cause Lasteyrie (ci-dessus) concernant la taxation française des plus-values latentes sur participations des personnes physiques migrantes (art. 167bis CGI; question préjudicielle du Conseil d'Etat français, arrêt n°211341 du 14 décembre 2001).

Emergence d'un droit fiscal européen de l'entreprise, de ses actionnaires et de ses prêteurs ses prêteurs

entraîne l'imposition de plus-values non réalisées : il suffirait de considérer que la société émigrante conserve un établissement stable virtuel comprenant les biens antérieurs à l'émigration ; les plus-values seraient taxées lors de leur réalisation.

Les obstacles fiscaux au transfert de siège pourraient d'ailleurs être considérés comme des restrictions prohibées à la liberté d'établissement dès lors que le Règlement sur la société européenne prévoit le maintien de la personnalité juridique de la société¹¹⁹. Il faut toutefois remarquer que le règlement exclut expressément de son champ d'application les questions fiscales.

b. Etat d'arrivée

Du point de vue de l'Etat sur lequel s'effectue le transfert de siège, l'apport d'actif net ne donne pas lieu à imposition.

La seule hypothèse qui pourrait poser problème est celle où la société dont le siège est transféré possédait dans l'Etat de destination un établissement stable et où l'Etat de destination assimile par une disposition fiscale expresse le transfert de siège d'une société étrangère à une liquidation 120.

Pour le surplus, la plupart des réorganisations constitueront des opérations exonérées par la directive fusions¹²¹, ou pourront du moins être structurées à cet effet.

En cas de dissolution et de liquidation, la distribution ne constitue pas un dividende au sens de la directive mère-filiale¹²² et n'est pas obligatoirement exonérée. Certains pays l'assimilent à un dividende¹²³.

2. Impôts indirects

Tant le transfert du siège d'un Etat membre à l'autre que la transformation sont exonérés d'impôt sur les rassemblements de capitaux¹²⁴.

^{119 -} M.T. Soler Roch, Tax Residence of the SE, Eur. Tax., 2004, p. 14; O. Thismanes, EC Law Aspects of the Transfer of Seat of an SE, Eur. Tax., 2004, p. 26.

^{120 -} O. Thömmes, op. cit., p. 24.

^{121 -} Qui ne vise cependant pas la transformation, opération exonérée dans certains pays : Belgique, art. 214 Code des impôts sur les revenus.

^{122 -} Art. 4.1.

^{123 -} Belgique : art. 202, § 1er, 2°, Code des impôts sur les revenus.

^{124 -} Art. 4.3, directive 69/335/CEE du Conseil, du 17 juillet 1969, concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux; Belgique, art. 121, 1° et 3°, Code des droits d'enregistrement.

La société européenne, qui visera généralement à la grande taille et au remplacement des filiales par des établissements stables, constituera le domaine d'élection des problèmes de prix de transfert. Les suggestions de la Commission quant à l'adoption d'une assiette fiscale consolidée pourrait trouver là une première application. L'idée est trop audacieuse pour être abordée aujourd'hui.

La Commission a repris dans de récentes études la recherche de solutions d'ensemble permettant le rapprochement des législations des Etats membres en matière d'impôts des sociétés¹²⁵.

Dans le cadre de l'imposition dans le pays du siège (*Home State Taxation*), la société tête d'un groupe multinational pourrait adopter dans tous les pays où elle a un établissement stable ou une filiale un calcul d'assiette fiscale conforme à la législation fiscale du pays de son siège. De même, la déduction des pertes des filiales ou des établissements stables serait soumise dans le pays du siège à la législation qui s'appliquerait à des filiales ou établissements situés dans le même pays.

L'assiette serait divisée entre les Etats membres selon une formule à déterminer.

Un groupe d'Etats membres pourrait s'engager dans cette voie sur la base d'une coopération renforcée ou d'une convention multilatérale.

Le régime d'assiette fiscale commune consolidée (*Common Consolidated Tax Base*) consisterait, lui, dans l'adoption de règles communes d'assiette pour certaines entreprises opérant dans de nombreux Etats membres ou même dans un seul Etat. De telles entreprises pourraient exercer un choix en faveur de cette assiette. Elles auraient comme interlocuteur l'Etat de leur siège central. Le taux d'impôt serait celui de chaque Etat où le groupe opère.

A nouveau, l'assiette sera divisée entre les Etats concernés selon une formule.

Une méthode commune de détermination des pertes déductibles serait également adoptée, à la différence du régime de la Home State Taxation qui se réfère, à cet égard, au droit du pays du siège central.

La solution radicale d'un impôt des sociétés européens (European Union Company Income Tax - EUCIT) amènerait l'institution d'un seul

^{125 -} European Commission, Company Taxation in the Internal Market, COM (2001/582final), n°461-472; M. Gammie, EU Taxation and the *Societas Europaea* – Harmless Creature or Trojan Horse?, Eur. Tax., 2004, p. 38.

Emergence d'un droit fiscal européen de l'entreprise, de ses actionnaires et de ses prêteurs ses prêteurs

impôt, perçu à un taux unique dans l'Union européenne et administré par une autorité commune. Alternativement, il serait administré par chaque Etat membre, appliquant son propre taux d'impôt, d'une façon similaire à l'administration de la TVA.

Enfin, une réponse peu traditionnelle au problème serait l'adoption obligatoire d'une assiette fiscale harmonisée dans l'Union, sur la base d'un Code commun remplaçant les codes fiscaux des Etats membres dans la définition de l'assiette.

Une assiette harmonisée implique une consolidation.

Ces diverses solutions, variant de la reconnaissance mutuelle à l'harmonisation, présagent peut-être l'impôt des sociétés du futur en Europe.

La question a été posée de savoir si la Société européenne pouvait constituer à cet égard un champ d'expérimentation. Il est trop tôt pour y répondre.



LE DROIT COMMUNAUTAIRE DES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ: UNE RELATIVE RÉUSSITE

François Mélin

Maître de conférences à l'Université de Picardie-Jules Verne Membre du CEPRISCA

Le droit de la faillite internationale est longtemps demeuré embryonnaire. La jurisprudence n'a eu, pendant longtemps, que rarement à en connaître et les conventions internationales applicables en ce domaine étaient d'un nombre très limité¹. Des travaux furent certes menés dès les années 1960 dans le cadre communautaire afin d'élaborer une convention spécifique aux procédures collectives, et ce, parallèlement aux travaux qui aboutirent à la signature le 27 septembre 1968 de la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Toutefois, compte tenu des intérêts politiques et économiques en jeu, de la complexité de la matière et de l'élargissement de la Communauté à de nouveaux Etats, les négociations ne purent aboutirent. Elles furent même abandonnées en 1984, dans l'espoir qu'une solution plus large pût être trouvée par le Conseil de l'Europe. Pourtant, ces négociations furent relancées en 1989 au sein de la Communauté, alors pourtant que les travaux menés par le Conseil de l'Europe étaient sur le point de s'achever². Elles aboutirent à la signature, le 23 novembre 1995, de la Convention européenne relative aux procédures d'insolvabilité³. Ce texte n'entra pas en vigueur car le Royaume Uni refusa de le ratifier. Les dispositions de cette Convention furent toutefois reprises, de façon presque intégrale, sous la forme d'un Règlement, suite au Traité d'Amsterdam qui a donné au Conseil la possibilité d'arrêter « des mesures dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile »4 et qui est à l'origine d'un important mouvement de communautarisation du droit international privé engagé à partir de l'année 2000. Il s'agit du Règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, qui est entré en vigueur le 31 mai 20025.

^{1 -} Citons les conventions conclues par la France avec la Belgique le 8 juillet 1899, l'Italie le 3 juin 1930, Monaco le 13 septembre 1950 et l'Autriche le 27 février 1979. Seule la convention franco-monégasque est actuellement pleinement en vigueur.

^{2 -} Le Conseil de l'Europe a ouvert à la signature le 5 juin 1990 la Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite, dite Convention d'Istanbul, qui n'est pas, depuis, entrée en vigueur. Le texte de cette Convention peut être consulté sur le site Internet du Conseil de l'Europe (http://conventions.coe.int) et à la Rev. crit. DIP 1993, p. 121.

^{3 -} Le texte de cette Convention est reproduit à l'Actualité Législative Dalloz 1995, p. 239.

^{4 -} Art. 61 du Traité instituant la Communauté européenne.

⁵ - JOCE n°L 160, 30 juin 2000, p. 1. Notons que les Annexes du Règlement ont été modifiées par un Règlement n°694/2006 du 27 avril 2006 (JOUE n°L 121, 6 mai 2006, p. 1).

Ce Règlement a suscité un vif intérêt de la part de la doctrine⁶. Il est vrai que ses objectifs sont ambitieux et retiennent de ce fait l'attention, puisqu'il vise « le bon fonctionnement du marché intérieur » en faisant en sorte que « les procédures d'insolvabilité transfrontalières fonctionnent efficacement et effectivement »⁷. Ce Règlement ne procède pas à une harmonisation des droits des procédures collectives des différents Etats de l'Union mais pose un cadre unique en matière de règles de conflit de juridictions et de conflit de lois. Ce cadre « s'applique aux procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur qui entraînent le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic »⁸, dans la mesure où le centre des intérêts principaux du débiteur – c'est-à-dire son siège – est situé dans la Communauté⁹.

La difficulté est d'évaluer les règles mises en place. Une lecture même rapide du Règlement laisse apparaître la complexité des mécanismes utilisés ainsi que la clarté relative de ses dispositions. Le Comité économique et social européen a d'ailleurs lui-même souligné certaines de ses faiblesses. Dans un avis du 26 janvier 2000¹º, le Comité a ainsi déploré que le Règlement « n'élimine pas les distorsions qui résultent des différences existant entre les législations nationales » et qu'« il ne fixe pas d'objectifs communs à l'ensemble des Etats membres », en retenant un dispositif « très modeste et peu ambitieux »¹¹. Il reste que, malgré ces critiques, le Règlement présente le mérite d'apporter un encadrement à une matière marquée par les intérêts des Etats membres, qui ont toujours été réservés à l'idée de perdre la maîtrise d'un domaine aux évidentes implications économiques et sociales. Et même s'il est

^{6 -} La bibliographie relative à ce Règlement est aujourd'hui très importante. Nous nous bornerons donc à citer, à ce stade, les ouvrages s'y rapportant spécifiquement :

a) ouvrages en français : G. C. Giorgini, Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de règlement de la faillite internationale, Dalloz, 2006 ; F. Jault-Seseke et D. Robine (ss. la dir.), L'effet international de la faillite : une réalité ?, Dalloz, 2004 ; F. Mélin, La faillite internationale, LGDJ, 2004.

b) ouvrages en anglais: I. F. Fletcher, Insolvency in private international law, Oxford University Press, 2005; J. Israël, European Cross-Border Insolvency Regulation, Intersentia, 2005; G. Moss, I. F. Fletcher et S. Isaacs, The EC regulation on insolvency proceedings, Oxford University Press, 2002; P. Omar, European Insolvency Law, Ashgate, 2004; H. Peter, N. Jeandin et J. Kilborn (ss. la dir.), The challenges of insolvency law reform in the 21st century, Schulthess, 2006; P. L. C. Torremans, Cross Border Insolvencies in EU, English and Belgian Law, Kluwer, 2002; M. Virgos et F. Garcimartin, The European Insolvency Regulation: Law and Practice, Kluwer Law, 2004; B. Wessels, European Union Regulation on Insolvency Proceedings: An Introductory Analysis, American Bankruptcy Institute, 2003; B. Wessels, Current topics of international insolvency law, Kluwer, 2004.

c) ouvrages en espagnol: A. L. Calvo Caravaca et J. Carrascosa Gonzalez, Derecho concursal internacional, Colex, 2004; M. Virgos Soriano et F. Garcimartin Alférez, Comentario al reglamento europeo de insolvencia, Civitas, 2003.

d) ouvrage en italien : P. De Cesari et G. Montella, Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria, Giuffrè, 2004.

^{7 -} Considérant n°2 du Préambule du Règlement.

^{8 -} Art. 1 § 1.

^{9 -} Considérant nº14.

^{10 -} Avis 79/2000. Cet avis peut être consulté sur le site Internet du Comité économique et social : http://eesc.europa.eu

^{11 -} Avis, § 3.2.2.

trop tôt pour dresser un bilan du Règlement¹², il nous semble possible de porter une appréciation relativement positive sur ses dispositions, le législateur européen ayant à notre sens atteint son but, du moins compte tenu des difficultés qui devaient être surmontées. Pour s'en persuader, il suffit de dresser un panorama des principaux mécanismes mis en place, en examinant les règles permettant de déterminer le tribunal compétent et la loi applicable à la procédure puis les règles de reconnaissance et de coordination des procédures.

Section I – La détermination du tribunal compétent et de la loi applicable aux procédures d'insolvabilité

Le droit français de la faillite internationale, dégagé au fil des décennies par la jurisprudence et qui demeure aujourd'hui applicable hors du champ d'application du Règlement, se caractérise par son pragmatisme, la Cour de cassation ayant toujours mis en balance les aspects juridiques et les aspects économiques dans l'élaboration des solutions¹³. Ce pragmatisme s'accompagne toutefois de quelques inconvénients. Les règles de compétence des tribunaux français sont définies de façon sans doute excessivement large, par le biais de critères multiples comme la présence du siège du débiteur en France, la présence de l'un de ses établissements, la nationalité française du débiteur ou de l'un de ses créanciers ou encore l'exercice en France d'une simple activité. Les règles de conflits de lois ont quant à elles été définies en fonction de l'apparition des besoins, mais il demeure à ce sujet de nombreuses zones d'incertitude.

Le Règlement a apporté dans cette matière une approche renouvelée et plus favorable à la prévisibilité des solutions ainsi qu'à la sécurité juridique. Les critères de compétence juridictionnelle sont désormais réduits ; et les règles de conflit de lois traitent, parfois avec une grande technicité, de l'ensemble des questions pouvant apparaître au cours d'une procédure collective.

§ 1 : La détermination du tribunal compétent

A. Dans le souci de réduire les possibilités de forum shopping, le Règlement retient seulement deux critères de compétence, à savoir le centre des intérêts principaux du débiteur et l'établissement.

¹²⁻Notons que l'article 46 du Règlement prévoit qu'un tel bilan devra être périodiquement réalisé : « Au plus tard le 1e juin 2012, et ensuite tous les cinq ans, la Commission présente(ra) au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social un rapport relatif à l'application du présent règlement. Ce rapport (sera) accompagné, le cas échéant, de propositions visant à adapter le (...) règlement ».

^{13 -} Sur le droit français de la faillite internationale, J. Béguin et M. Menjucq (ss. la dir.), Droit du commerce international, Litec, 2005, n°2280 et s.; F. M., La faillite internationale, *op. cit.*, n°5 et s.; M. Menjucq, Droit international et européen des sociétés, Montchrestien, 2001, n°284 et s.

1. Les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur – c'est-à-dire son siège - sont compétentes pour ouvrir une procédure principale d'insolvabilité¹⁴. Les juridictions de l'Etat sur lequel le débiteur possède un ou plusieurs établissements sont quant à elles compétentes pour prononcer l'ouverture d'une procédure secondaire¹⁵. La portée de la procédure diffère selon que l'on est en présence d'une procédure principale ou d'une procédure secondaire. La procédure principale a un effet universel¹⁶, en ce sens qu'elle a vocation à appréhender l'ensemble des actifs du débiteur, que ceux-ci se trouvent sur le territoire de l'Etat d'ouverture ou sur le territoire d'un autre Etat membre, sous réserve toutefois des actifs relevant d'une procédure secondaire. La procédure secondaire a quant à elle une portée territoriale, ses effets se développant uniquement sur les actifs du débiteur situés sur le territoire de l'Etat d'ouverture¹⁷. Il faut préciser qu'elle doit être une procédure de liquidation¹⁸.

2. Le schéma qui a ainsi été retenu semble pleinement opportun, et ce pour deux raisons.

D'une part, il permet d'assurer un règlement des difficultés de l'entrepreneur en prenant en compte la réalité physique de ses diverses implantations. Il est vrai que le recours à deux critères de compétence peut conduire à soumettre un même débiteur à deux ou plusieurs procédures, ce qui est un facteur de complexité. Il suffit de songer au cas d'un entrepreneur qui disposerait de son siège en France et qui aurait des établissements dans plusieurs autres Etats de l'Union. Il pourrait être soumis à une procédure principale en France et à une procédure secondaire dans chacun des Etats où il dispose d'un établissement. Cependant, des règles de coordination des procédures – qui seront examinées par la suite - ont été prévues pour faire face à cette complexité.

D'autre part, la procédure secondaire a nécessairement, nous l'avons dit, une fin liquidative, même dans les hypothèses où il apparaît que l'établissement concerné est *in bonis*¹⁹. Cette caractéristique de la

^{14 -} Art. 3 § 1.

¹⁵- Art. $3\$ 2. L'article $3\$ 4 prévoit également la possibilité d'ouvrir, dans deux cas, une procédure territoriale au lieu où le débiteur possède un établissement, dans la mesure où une procédure principale n'a pas été ouverte au lieu du centre de ses intérêts principaux. Ce type de procédure ne sera toutefois pas envisagé dans cette étude, car il devrait rester marginal compte tenu des strictes conditions posées par l'article $3\$ 4.

^{16 -} Considérant n°12.

Sur la notion d'universalité de la faillite, A. Hirsch, Vers l'universalité de la faillite au sein du Marché commun, Cahiers de droit européen 1970, p. 50 ; J.-L. Vallens, La faillite internationale entre universalité et territorialité : les enjeux, in L'effet international de la faillite : une réalité ?, op. ctt., p. 5 ; G. C. Giorgini, Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de règlement de la faillite internationale, op. ctt., n°192 et s.

^{17 -} Art. 3 $\$ 2. V. également le Considérant n°12.

^{18 -} Art. 3 § 3. Une procédure secondaire ouverte en France doit donc nécessairement être une procédure de liquidation judiciaire, conformément aux indications figurant à l'Annexe B du Règlement.

^{19 -} L'article 34 § 1 prévoit toutefois une exception à ce principe, en énonçant que « lorsque la loi applicable à la procédure secondaire prévoit la possibilité de clôturer cette procédure sans liquidation par un plan de redressement, un concordat ou une mesure comparable, une telle mesure peut être proposée par le syndic de la procédure principale ».

procédure secondaire assure l'efficacité du système, en permettant d'affecter à la procédure principale le produit de la liquidation des actifs compris dans la procédure secondaire, et ce, afin de favoriser un éventuel redressement. Comme l'indique de façon imagée Y. Chaput, il s'agit de couper les branches en vue de sauver le tronc²⁰, ce qui semble être, du point de vue économique, une approche justifiée.

B. Il est vrai que le maniement de ces règles a pu générer quelques inquiétudes, en particulier au regard du critère du centre des intérêts principaux du débiteur. Ce critère est explicité par le Règlement dans les termes suivants : selon le considérant n° 13 du Préambule, « le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers », l'article 3 § 1 précisant que « pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire ».

- 1. L'utilisation de cette notion de centre des intérêts principaux du débiteur ne devrait pas soulever de difficulté en présence d'un débiteur personne physique, pas plus que dans l'hypothèse où le débiteur personne morale voit son siège social statutaire coïncider avec son siège réel. Par contre, une difficulté peut surgir en présence d'un débiteur disposant de son siège statutaire dans un Etat de l'Union et de son siège réel dans un autre Etat ou encore en présence d'un groupe de sociétés comportant une société mère dans un Etat de l'Union et des filiales dans les autres Etats, lorsqu'il apparaît que l'autonomie des filiales n'est en fait que relative et que les décisions intéressant les composantes du groupe sont en réalité prises par la société mère. Dans ces deux hypothèses, la présomption de coïncidence du centre des intérêts principaux du débiteur avec son siège statutaire, posée par l'article 3 \(\) 1, peut être renversée afin de prendre en considération le seul siège réel du débiteur. Une telle démarche ne saurait être contestée puisqu'elle est conforme aux dispositions du Règlement. Et on trouve en jurisprudence des décisions ayant renversé à juste titre la présomption de l'article 3 § 121.
- 2. Néanmoins, on a pu émettre la crainte que certains juges n'adoptent une approche trop souple de la notion de centre des intérêts principaux et ne retiennent trop facilement que le débiteur dispose de son siège réel dans leur ressort même si son siège statutaire est situé dans

^{20 -} Y. Chaput, Le droit européen de l'insolvabilité : de prometteuses lacunes, Rev. Lamy Droit des affaires juillet 2002, supplément, p. 29, spéc. p. 30.

^{21 -} V. par exemple les huit jugements rendus par le Tribunal de commerce de Nanterre le 15 février 2006 dans une affaire Emtec. Pour un commentaire de certains de ces jugements, J.-L. Vallens, D. 2006, p. 793; F. M., GP du 30 avril au 4 mai 2006 (Gazette des procédures collectives 2006 n°2), p. 12; Bull. Joly Sociétés 2006, p. 575, note F. Jault-Seseke et D. Robine.

un autre Etat, l'objectif pouvant être, en présence d'un groupe de sociétés, de concentrer les procédures relatives aux filiales au lieu du siège de la société mère afin d'envisager un règlement global des difficultés du groupe. Cette crainte n'est certes pas totalement injustifiée car les « intérêts » à prendre en compte peuvent être très diversifiés²², de sorte que le juge dispose nécessairement d'un certain pouvoir d'appréciation de la situation.

Il reste que cette crainte ne saurait mettre en cause la valeur du système. En premier lieu, les cas discutables sont sans doute peu nombreux. En second lieu, la Cour de Justice des Communautés Européennes est intervenue dans un arrêt Eurofood du 2 mai 200623. Elle a énoncé que « lorsqu'un débiteur est une filiale dont le siège statutaire et celui de sa société mère sont situés dans deux États membres différents, la présomption énoncée à l'article 3, paragraphe 1, (...) selon laquelle le centre des intérêts principaux de cette filiale est situé dans l'État membre où se trouve son siège statutaire, ne peut être réfutée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente de celle que la localisation audit siège statutaire est censée refléter ». La CJCE a ajouté que « tel pourrait être notamment le cas d'une société qui n'exercerait aucune activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social » mais qu'« en revanche, lorsqu'une société exerce son activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social, le fait que ses choix économiques soient ou puissent être contrôlés par une société mère établie dans un autre État membre ne suffit pas pour écarter la présomption prévue par ledit règlement ». Or, ces différentes précisions devraient constituer un guide suffisamment précis pour que les incertitudes dans le maniement de la notion de centre des intérêts principaux du débiteur soient à l'avenir grandement réduites.

§ 2 : La détermination de la loi applicable

A. Après avoir posé les critères de compétence juridictionnelle, le Règlement définit les principes relatifs à la loi applicable aux procédures d'insolvabilité, étant précisé qu'il pose quelques règles matérielles parallèlement aux règles de conflit de lois qu'il établit.

1. Le Règlement consacre, en tant que principe général, le principe classique selon lequel la loi applicable à la procédure – la lex concursus –

^{22 -} M. A. Lupoi, Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure d'insolvenza : il caso Eurofood e non solo, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 2005, p. 1393, spéc. n°3.

²³- D. 2006, p. 1286, obs. A. Lienhard ; JCP 2006, II, 10089, note M. Menjucq ; JCP E 2006, 2071, chr. J.-L. Vallens ; D. 2006, p. 1752, note R. Dammann ; Bull. Joly Sociétés 2006, p. 907, note D. Fasquelle ; RDAI 2006, p. 554, obs. Y. Lahlou et M. Matousekova ; GP des 14 au 18 juillet 2006 (Gazette des procédures collectives 2006 n° 3), p. 7, note F. M.

est la loi de l'Etat où la procédure a été ouverte. C'est ainsi que l'article 4 § 1 énonce que « sauf disposition contraire du (...) règlement, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte (...) ». Cette orientation est précisée par le considérant n° 23 du Préambule, selon lequel « la lex concursus détermine tous les effets de la procédure d'insolvabilité, qu'ils soient procéduraux ou substantiels, sur les personnes et les rapports juridiques concernés ». Elle l'est surtout par l'article 4 § 2, qui dispose que « la loi de l'État d'ouverture détermine les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure d'insolvabilité » et qui fournit une liste non exhaustive d'aspects que la *lex concursus* a vocation à appréhender.

2. Le Règlement établit par ailleurs, par ses articles 5 à 15, des solutions spéciales relatives à des aspects aussi diversifiées que les droits réels détenus par des tiers sur les biens du débiteur, la compensation, les clauses de réserve de propriété, les contrats portant sur des biens immobiliers, les droits et obligations des participants à un système de paiement ou à un marché financier, les contrats de travail, les droits soumis à enregistrement, les brevets et marques communautaires, les actes préjudiciables aux créanciers, la protection des tiers acquéreurs ou les instances en cours. A simple titre exemplatif, relevons que l'article 5 § 1 pose que « l'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel d'un créancier ou d'un tiers sur des biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles (...) appartenant au débiteur, et qui se trouvent, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre État membre »²⁴, et que l'article 7 § 1 énonce que « l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre l'acheteur d'un bien n'affecte pas les droits du vendeur fondés sur une réserve de propriété, lorsque ce bien se trouve, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre État membre que l'État d'ouverture ».

B. 1. Une lecture, même rapide, des dispositions du Règlement concernant la loi applicable conduit à formuler quelques critiques. Certaines de ces dispositions sont absconses, ce qui pourrait conduire à des difficultés d'interprétation²⁵. Ensuite, le nombre des règles spéciales est très important, ce qui ne peut que nuire à l'unité du régime

²⁴- L'article 5 ne fournit pas une définition générale des droits réels en question. En son deuxième paragraphe, il propose toutefois une liste d'exemples de droits réels, en visant « a) le droit de réaliser ou de faire réaliser le bien et d'être désintéressé par le produit ou les revenus de ce bien, en particulier en vertu d'un gage ou d'une hypothèque ; b) le droit exclusif de recouvrer une créance, notamment en vertu de la mise en gage ou de la cession de cette créance à titre de garantie ; c) le droit de revendiquer le bien et/ou d'en réclamer la restitution entre les mains de quiconque le détient ou en jouit contre la volonté de l'ayant droit ; d) le droit réel de percevoir les fruits d'un bien ».

^{25 -} L. Daniele, Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza, Rivista di diritto internazionale privato e processuale 2002, p. 33, spéc. n°10.

des procédures d'insolvabilité. Enfin, certaines de ces règles réduisent à l'évidence l'efficacité des procédures. C'est le cas des articles 5 et 7 dont il vient d'être question - qui réservent un sort particulier aux droits réels des tiers se rapportant aux meubles ou aux immeubles du débiteur ainsi qu'aux droits du vendeur pouvant se prévaloir d'une clause de réserve de propriété. Grâce à l'article 5, les droits réels en question demeurent soumis à la loi qui leur est applicable d'après la règle de conflit de lois du for - en général la loi du lieu de situation du bien - malgré l'ouverture de la procédure collective. La même perspective vaut en présence d'une clause de réserve de propriété grevant un bien du débiteur, le vendeur n'ayant pas à se soumettre à la loi applicable à la procédure. C'est dire que les articles 5 et 7 permettent de faire échapper à cette loi les biens qui se trouvent, lors de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre Etat de l'Union que l'Etat d'ouverture, ce qui ne peut que porter atteinte à l'efficacité de la procédure si le débiteur possède des actifs importants hors de l'Etat d'ouverture.

2. Même si ces critiques sont fondées, elles ne doivent pas conduire, à notre sens, à porter une appréciation globalement négative sur les principes de détermination de la loi applicable.

D'une part, il ne fait aucun doute que les rédacteurs du Règlement ont fait preuve de pragmatisme²⁶ et qu'ils ont été guidés par la volonté d'obtenir une solution médiane permettant de concilier les intérêts antagonistes des débiteurs et des créanciers, voire des Etats entre eux.

D'autre part, la complexité des règles retenues était inévitable. En l'absence d'une harmonisation des droits nationaux des procédures collectives, il est même appréciable de pouvoir disposer d'un corps relativement complet de règles de conflit de lois et de règles matérielles qui permettent, malgré leurs imperfections, d'envisager l'ensemble des questions pouvant surgir dans le cadre d'une procédure collective.

Section II – La reconnaissance et la coordination des procédures d'insolvabilité

Le Règlement ne se borne pas à organiser les procédures d'insolvabilité sous l'angle de la compétence directe des tribunaux et de la détermination de la loi applicable. Il organise également un système de reconnaissance et de coordination des procédures d'insolvabilité. Une telle organisation est essentielle et constitue sans doute la pièce majeure du Règlement dans la perspective du bon fonctionnement du marché intérieur. L'idée selon laquelle le bon fonctionnement du marché suppose que les obstacles à la circulation des décisions soient

^{26 -} I. F. Fletcher, The European Union Convention on Insolvency Proceedings : Choice-of-Law Provisions, Texas international law journal 1998, p. 119, spéc. p. 124.

réduits est d'ailleurs consubstantielle au droit international privé communautaire, puisqu'elle s'est imposée pour les matières civile et commerciale dès l'élaboration de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, aujourd'hui remplacée par le Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000.

§ 1 : La reconnaissance des procédures d'insolvabilité

A. En matière de reconnaissance des décisions rendues dans les Etats de l'Union, le Règlement soumet à des régimes différents les décisions ouvrant une procédure d'insolvabilité et les autres décisions intéressant la procédure, en particulier celles concernant le déroulement et la clôture. Seul le régime des décisions ouvrant une procédure retiendra notre attention, car lui seul a, à ce jour, généré un contentieux²⁷. Il s'organise autour de trois principes essentiels, étant précisé que l'exigence – habituelle en droit international privé – d'exequatur est écartée.

L'article 16 § 1 dispose que « toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un État membre compétente en vertu de l'article 3 est reconnue dans tous les autres États membres, dès qu'elle produit ses effets dans l'État d'ouverture » et que « cette règle s'applique également lorsque le débiteur, du fait de sa qualité, n'est pas susceptible de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans les autres États membres ». Le principe d'une reconnaissance de plein droit qui est ainsi posé revêt une grande importance en présence d'une procédure principale car – nous l'avons déjà indiqué – la procédure principale a un effet universel et a vocation à concerner l'ensemble des actifs du débiteur, quel que soit le lieu où ils sont situés dans l'Union. Par contre, en présence d'une procédure secondaire, ce principe a une moindre portée puisqu'une telle procédure n'a vocation à appréhender que les actifs situés sur le territoire de l'Etat d'ouverture, de sorte qu'elle n'a que des effets territoriaux.

L'article 17 tire les conséquences de ces éléments, en prévoyant que la décision d'ouverture d'une procédure principale produit, sans aucune autre formalité, dans les autres États membres les effets que lui attribue la loi de l'État d'ouverture, sous réserve de l'ouverture d'une procédure secondaire dans l'un de ces autres États ; et que les effets d'une procédure secondaire ne peuvent être contestés dans les autres États membres.

L'article 26 réserve quant à lui la possibilité d'un recours à la notion d'ordre public pour s'opposer à la reconnaissance des décisions d'ouverture : « tout État membre peut refuser de reconnaître une procédure

^{27 -} Sur l'ensemble de la question, J.-L. Vallens, L'exequatur des jugements étrangers de faillite après le règlement communautaire sur les procédures d'insolvabilité, Petites Aff. 13 juin 2002, p. 15; E. F. Ricci, Il riconoscimento delle procedure d'insolvenza secondo il regolamento CE N. 1346/2000, Rivista di diritto processuale 2004, p. 387.

d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre ou d'exécuter une décision prise dans le cadre d'une telle procédure, lorsque cette reconnaissance ou cette exécution produirait des effets manifestement contraires à son ordre public, en particulier à ses principes fondamentaux ou aux droits et aux libertés individuelles garantis par sa constitution ».

B. 1. La jurisprudence a donné une pleine portée à ces dispositions. Dans son arrêt Eurofood du 2 mai 2006²⁸, la CJCE a dit pour droit que l'article 16 « doit être interprété en ce sens que la procédure d'insolvabilité principale ouverte par une juridiction d'un État membre doit être reconnue par les juridictions des autres États membres, sans que cellesci puissent contrôler la compétence de la juridiction de l'État d'ouverture ». Cette solution avait déjà été retenue par deux arrêts de la Cour d'appel de Versailles des 4 septembre 2003, société Isa Daisytek²⁹, et 15 décembre 2005, société Rover France³⁰. La Cour de cassation s'est elle aussi prononcée en ce sens par un arrêt du 27 juin 2006³¹. Ce faisant, la jurisprudence s'est conformée si ce n'est à la lettre du Règlement - la formulation de l'article 16 peut prêter à discussion - du moins à son esprit. Le considérant n° 22 de son préambule prévoit en effet que « la décision de la juridiction qui ouvre la première la procédure devrait être reconnue dans tous les autres États membres, sans que ceux-ci aient la faculté de soumettre la décision de cette juridiction à un contrôle ». Il s'agit donc de faire prévaloir un critère chronologique : la première décision ouvrant une procédure principale doit être reconnue dans les autres Etats membres, sans qu'il soit possible de rechercher si le tribunal ayant statué avait bien compétence.

Concernant l'article 26, la CJCE a, dans le même arrêt Eurofood, montré sa volonté de réduire les cas de recours à l'exception d'ordre public. Elle a en effet jugé que dans le cadre du Règlement du 29 mai 2000, il est possible de transposer la jurisprudence Krombach du 28 mars 2000³² élaborée en application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, précisant que l'exception d'ordre public ne doit jouer que dans des cas exceptionnels³³, lorsqu'il apparaît que la décision étrangère constitue une violation manifeste d'une règle de droit considérée

^{28 -} Précité.

^{29 -} CA Versailles, 4 septembre 2003, D. 2003, p. 2352, note J.-L. Vallens; JCP E 2003, p. 2012, note G.-A. Likillimba; Procédures novembre 2003, com. n°239, p. 10, obs. C. Nourissat; Rev. crit. DIP 2003, p. 655, note G. Khairallah; Revue des sociétés 2003, p. 891, note J.-P. Rémery; RJDA 01/2004, p. 1, note F. M.; JDI 2004, p. 142, note A. Jacquemont; JCP 2004, I, 10 007, note M. Menjucq. Sur cet arrêt, v. également I. F. Fletcher, Insolvency in private international law, op. cit., p. 388 et s.

³⁰-CA Versailles, 15 décembre 2005, D. 2006, p. 379, note R. Dammann; GP des 10 et 11 février 2006 (Gazette des procédures collectives 2006 n°1), p. 4, note F. M.; Bull. Joly sociétés 2006, p. 328, obs. F. M.

^{31 -} Cass. com. 27 juin 2006, pourvoi n°03-19.863, D. 2006, p. 1816, obs. A. Lienhard ; JCP E 2006, p. 1488, note F. M.

^{32 -} CICE 28 mars 2000, C-7/98.

^{33 -} Arrêt Eurofood, point 62.

comme essentielle par l'ordre juridique de l'Etat requis ou d'un droit reconnu comme fondamental par cet ordre³⁴. De façon plus précise, la CJCE a énoncé qu'un État membre peut, notamment, « refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre lorsque la décision d'ouverture a été prise en violation manifeste du droit fondamental à être entendue dont dispose une personne concernée par une telle procédure ». La Cour de cassation a de son côté retenu, dans l'arrêt du 27 juin 2006³⁵, que « l'absence d'audition des représentants du personnel préalablement à la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ne (constitue) pas une violation manifeste du droit fondamental à être entendue dont dispose une personne concernée par cette procédure ».

2. Une telle approche favorable à la circulation des décisions a été diversement appréciée par la doctrine. Certains auteurs se sont prononcés en faveur d'un contrôle de la compétence du juge étranger ayant ouvert la procédure, avant toute reconnaissance de sa décision. Ces auteurs ont fait, en substance, valoir que l'article 16 dispose que « toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un État membre compétente en vertu de l'article 3 est reconnue dans tous les autres États membres (...) » et qu'en se référant à « toute décision (...) prise par une juridiction d'un État membre compétente en vertu de l'article 3 », il ouvre nécessairement la voie à un contrôle de la compétence du juge ayant rendu la décision d'ouverture³⁶. Il est vrai que l'idée que des décisions ouvrant une procédure collective doivent être nécessairement reconnues dans l'ensemble des Etats de l'Union, dès lors qu'elles n'apparaissent pas contraires à l'ordre public, ne s'impose pas avec la force de l'évidence dans un domaine marqué par les intérêts économiques, politiques et sociaux nationaux. Cette idée s'impose avec d'autant moins d'évidence que le maniement du critère du centre des intérêts principaux utilisé pour définir le tribunal compétent soulève - nous l'avons dit - quelques difficultés, compte tenu de son caractère relativement flou. Or, en présence d'un débiteur personne morale, l'application de l'article 16 peut avoir une conséquence inattendue lorsqu'une procédure principale est ouverte non pas au lieu du siège statutaire de la société mais au lieu de son siège réel, supposé être localisé dans un Etat différent de celui du siège statutaire.

^{34 -} Arrêt Eurofood, point 63.

^{35 -} Précité.

³⁶⁻Le Professeur Khairallah estime que la reconnaissance d'une décision d'ouverture d'une procédure principale ne devrait intervenir qu'une fois contrôlée la compétence du juge étranger (note précitée sous CA Versailles, 4 septembre 2003, spéc. p. 667). Le Professeur Menjucq considère qu'un « contrôle de la qualification du centre des intérêts principaux devrait être possible » du moins dans le cas où ce juge aurait écarté le siège statutaire du débiteur au profit du siège réel (Les groupes de sociétés, in L'effet international de la faillite : une réalité ?, op. cit., p. 163, spéc. p. 170). Le Professeur Fasquelle soutient qu'il faudrait vérifier la matérialité des éléments retenus par le juge étranger pour retenir la présence du centre des intérêts principaux du débiteur dans son ressort (Une nouvelle application controversée du règlement n°1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité aux groupes de sociétés, JCP E 2005, p. 1576, spéc. n°14).

Les juridictions de l'Etat où est situé ce siège statutaire sont alors tenues de reconnaître la décision d'ouverture prise au lieu du siège réel, même s'il semble que le tribunal qui a rendu cette décision d'ouverture a fait des circonstances de l'espèce une appréciation contestable et a localisé de manière abusive le siège réel dans son ressort.

Néanmoins, l'appréciation que l'on peut porter sur le système qui se met ainsi en place nous semble pouvoir être positive. En premier lieu, il faut se garder de rejeter un système au seul motif qu'il pourrait avoir des conséquences contestables dans quelques cas seulement, même s'il faut reconnaître que le recours à l'exception d'ordre public ne peut avoir qu'un impact limité. En deuxième lieu, il faut avoir présent à l'esprit que l'objectif général du Règlement est de favoriser « le bon fonctionnement du marché intérieur »³⁷ et que la réalisation de cet objectif suppose que les intérêts particuliers des différents Etats ne passent pas nécessairement au premier plan. Comme l'indique le considérant n° 22, « la reconnaissance des décisions rendues par les juridictions des États membres devrait reposer sur le principe de la confiance mutuelle ». En troisième lieu, il faut reconnaître que les principes définis par le Règlement sont d'une grande efficacité.

§ 2 : La coordination des procédures d'insolvabilité

A. Le souci d'efficacité est également au fondement des dispositions du Règlement relatives à la coordination des procédures d'insolvabilité. Puisque l'article 3 utilise deux critères de compétence juridictionnelle, à savoir le centre des intérêts principaux du débiteur et l'établissement, il n'est pas à exclure qu'un même débiteur puisse être soumis dans le même temps à une procédure principale dans l'Etat où est situé son siège ainsi qu'à une ou plusieurs procédures secondaires dans le ou les Etats où il dispose d'un établissement. Il est dès lors apparu nécessaire de prévoir des règles de coordination de ces différentes procédures, afin de permettre un règlement global et harmonieux des difficultés de l'entrepreneur. Il ne saurait être ici question d'envisager l'ensemble de ces mécanismes. Tout juste peut-on en mentionner quelques uns.

En premier lieu, une coordination des actions des syndics est mise en place, par le biais d'un devoir d'information et de coopération réciproque³⁸. Il s'agit, par exemple, de permettre un échange d'informations sur les actifs du débiteur ou sur les mesures de redressement envisagées ou encore de permettre au syndic de la procédure princi-

^{37 -} Considérant n°2.

^{38 -} Art. 31. Sur cette question, M. Menjucq, Intervention du syndic : nouveaux pouvoirs et nouvelles responsabilités, Rev. Lamy Droit des affaires juillet 2002, supplément, p. 13; C. Ferri, Creditori e curatore della procedura principale nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza transnazionali, Rivista di diritto processuale 2004, p. 707.

pale de demander au syndic de la procédure secondaire la restitution de certains biens.

En deuxième lieu, si un créancier obtient dans une procédure d'insolvabilité un dividende sur sa créance, il ne participe aux répartitions ouvertes dans une autre procédure que dans la mesure où les créanciers « de même rang ou de même catégorie » ont obtenu, dans cette autre procédure, un dividende équivalent³⁹. Il faut en effet savoir qu'un créancier peut déclarer sa créance dans les différentes procédures auxquelles son débiteur est soumis⁴⁰.

En troisième lieu, si la liquidation des actifs de la procédure secondaire permet de payer toutes les créances admises dans cette procédure⁴¹, le syndic désigné dans cette procédure doit transférer sans délai le surplus d'actif au syndic de la procédure principale⁴².

B. L'importance et l'intérêt de ces règles de coordination ne peuvent être que soulignés. Ces règles ne sont pas en effet seulement des instruments de rationalisation des procédures. Elles doivent permettre d'assurer l'égalité des créanciers, ce qui constitue un principe essentiel du droit des procédures collectives.

Il reste que si les dispositions du Règlement méritent à ce titre d'être approuvées, il est possible de leur adresser quelques critiques.

D'une part, le Règlement a organisé un devoir d'information et de coopération entre les syndics mais pas entre les juridictions, ce qui est regrettable⁴³. Il aurait pourtant été utile de prévoir la possibilité d'une coopération directe entre les juridictions elles-mêmes. Une telle possibilité n'est sans doute pas familière au juriste français. Elle a néanmoins été proposée par la Commission des Nations Unis pour le Droit Commercial International, par le biais de sa loi type sur l'insolvabilité internationale du 30 mai 1997, qui suggère qu'une coopération s'organise entre les tribunaux des différents Etats en vue de permettre une communication d'informations, une coordination de l'administration et de la surveillance des biens du débiteur ou encore l'élaboration d'accords concernant la coordination des procédures⁴⁴. Cette possibilité est également promue par l'*American Law Institute* et l'*International Insolvency Institute* qui ont établi, en 2000 et 2001, des « Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal dans des cas

^{39 -} Art. 20 § 2.

^{40 -} Art. 32 § 1.

^{41 -} Rappelons qu'une procédure secondaire a, en principe, une fin liquidative, selon l'article 3 § 3.

^{42 -} Art 35

^{43 -} En ce sens, B. Wessels, Current topics of international insolvency law, *op. cit.*, p. 142-143 ; F. Dialti, Cooperazione tra curatori e corti in diritto internazionale fallimentare : un'analisi comparata, Il diritto fallimentare e delle società commerciali 2005, p. 1010, spéc. p. 1014 et s.

^{44 -} Art. 25 à 27 de la loi type. Sur cette loi type, I. F. Fletcher, Insolvency in private international law, *op. cit.*, p. 443 ; J.-L. Vallens, La loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, D. 1998, chr. p. 157 ; B. Wessels, Current topics of international insolvency law, *op. cit.*, p. 41.

transfrontaliers »⁴⁵. Ces Directives suggèrent qu'« un tribunal (puisse) recevoir des communications d'un tribunal étranger (...) et (qu') il devrait répondre directement »⁴⁶, et ce, « dans le but de coordonner et d'harmoniser les procédures dont il est saisi avec celles dont (...) une autre juridiction est saisi »⁴⁷. Sans doute aurait-il été opportun de suivre ces exemples. Il est vrai cependant que leur transposition aurait eu nécessairement des incidences sur les droits nationaux des différents Etats membres.

D'autre part, l'application des dispositions du Règlement n'interviendra pas toujours avec une grande facilité. Il suffit de songer à la règle, qui vient d'être évoquée, selon laquelle un créancier qui obtient dans une procédure un paiement ne peut participer aux répartitions ouvertes dans une autre procédure qu'une fois que les créanciers de même rang ou de même catégorie ont obtenu un dividende équivalent dans cette autre procédure⁴⁸. Il faut donc comparer les rangs des différents créanciers et les dividendes reçus, ce qui soulève d'évidentes difficultés pratiques⁴⁹.

Conclusion

Les quelques éléments dont il vient d'être question permettent, à notre sens, de retenir que le Règlement du 29 mai 2000 a globalement atteint les objectifs qui avaient été définis dès les années 1960 par les autorités communautaires. Il ne s'agit certes pas d'un instrument idéal. La complexité de certains de ses mécanismes ainsi que le nombre important des dispositions qu'il prévoit – le Règlement comporte quarante-sept articles et un préambule de trente-trois considérants – constituent des inconvénients importants.

Néanmoins, seule une harmonisation des droits des procédures collectives des différents Etats de l'Union aurait pu permettre d'envisager un instrument simplifié. L'exemple de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) est à cet égard topique. L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif adopté le 10 avril 1998 ne compte que dix articles spécifiquement consacrés aux procédures collectives internationales, et ce, car en présence d'une unification du droit matériel des procédures collectives,

^{45 -} Ces Directives ont été traduites dans plusieurs langues, dont le français. Elles peuvent être consultées sur le site suivant : www.iiiglobal.org/international/guidelines.html

^{46 -} Directive 5.

^{47 -} Directive 2.

^{48 -} Art. 20 § 2.

^{49 -} Selon l'article 4 § 2 i), le rang des créances est déterminé, pour chacune des procédures, par la loi de l'Etat d'ouverture, de sorte qu'une même créance peut obtenir un rang différent dans deux procédures. Mais la comparaison des rangs entre les créances a lieu sur le fondement de la loi applicable à la seconde procédure.

il a été inutile de prévoir des règles de conflit de lois ⁵⁰. Il reste qu'une telle harmonisation n'est pas à l'ordre du jour dans l'Union européenne, les Etats n'ayant pas la volonté de perdre la maîtrise d'un domaine essentiel à la stabilité économique et sociale. L'expérience italienne est à cet égard significative. Le gouvernement italien a en effet édicté le 23 décembre 2003 un décret-loi relatif à des mesures urgentes pour la restructuration industrielle des grandes entreprises en état d'insolvabilité ⁵¹ dans le seul but de faire bénéficier un groupe – le groupe Parmalat - de mesures spécifiques de restructuration. Dans ces conditions, et malgré ses imperfections, le Règlement apparaît, selon l'expression du Professeur I. F. Fletcher, comme le « triomphe de l'art du possible » ⁵² ... ou, pour les plus fatalistes, comme le moins mauvais texte concevable en ce domaine.

Le 14 juillet 2006.

⁵⁰⁻Sur le droit OHADA des procédures collectives, J.-R. Gomez, OHADA, Entreprises en difficulté, Bajag-Meri, 2003; F. M. Sawadogo, OHADA, Droit des entreprises en difficulté, Bruylant, 2002; P. Tiger, Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'OHADA, in L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, Petites Aff. du 13 octobre 2004, n° spécial, p. 35; B. Martor, N. Pilkington, D. Sellers, S. Thouvenot, Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, Litec, 2004, p. 159.

Sur le droit OHADA de la faillite internationale, G. C. Giorgini, Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de règlement de la faillite internationale, op. cit.; F. M., L'OHADA et le droit de la faillite internationale, D. 2005, p. 1568.

^{51 -} Gazette Officielle de la République Italienne du 24 décembre 2003, série générale, n°298, p. 4. Pour une présentation synthétique de ce texte, A. Fiale, Diritto fallimentare, Edizioni Giuridiche Simone, 2006, p. 389.

^{52 -} I. F. Fletcher, The European Union Convention on Insolvency Proceedings: Choice-of-Law Provisions, précité, spéc. p. 124. Précisons que I. F. Fletcher a utilisé cette expression à propos des règles de conflit de lois que prévoyait la Convention européenne relative aux procédures d'insolvabilité, convention qui n'est pas entrée en vigueur mais dont les dispositions ont été reprises par le Règlement du 29 mai 2000.



LE DROIT COMMUNAUTAIRE ET L'ENTREPRISE : ASPECTS DE DROIT PÉNAL

Mikaël Benillouche

Maître de conférences à l'Université de Picardie-Jules Verne Membre du CEPRISCA

Les rapports entre le droit communautaire et la matière pénale sont évolutifs. Ainsi, le droit pénal est la manifestation de l'ordre public et donc de la souveraineté nationale¹. Il ne relève donc pas, en principe, du droit communautaire². Mais, le développement de ce dernier a remis en cause, du moins partiellement, en l'état du droit positif, cette indifférence initiale.

S'agissant de l'entreprise, faute d'un véritable consensus originel sur l'admission de la responsabilité répressive des groupements et, eu égard à l'absence de compétence pénale des communautés européennes, il n'a pas été prévu de dispositions spécifiques en matière pénale.

Par ailleurs, la notion même d'entreprise n'est pas consacrée par les différents systèmes répressifs existants en Europe. Il en va différemment des personnes morales dont la responsabilité est reconnue en droit français et des groupements en droit comparé et européen. Avant d'envisager les incidences engendrées par le droit communautaire sur le droit national, il convient de revenir sur ces différences terminologiques.

Des divergences terminologiques : personnes morales, entreprise, groupement

La « personne morale » est définie par le Vocabulaire juridique Cornu, comme un « groupement doté, sous certaines conditions, d'une personnalité juridique plus ou moins complète »³. Les textes communautaires font davantage référence au « groupement » ou à l'« entreprise ».

Le « groupement » est une « réunion de personnes, d'institutions ou d'organismes en vue d'une action commune ou d'actions coordonnées » 4, alors que l'« entreprise » est un « organisme se proposant essentielle-

¹- Voir, notamment, les définitions fournies par F. Desportes et F. Le Gunehec, Droit pénal général, $12^{\mbox{\tiny eme}}$ éd., 2005, $n^{\mbox{\tiny ol}},$ « Le droit pénal pose les interdits fondamentaux qui sont la condition même de toute vie sociale » ainsi que par B. Bouloc, Droit pénal général, Précis Dalloz, $19^{\mbox{\tiny cme}}$ éd., 2005, $n^{\mbox{\tiny ol}},$ « La première condition d'existence du phénomène criminel est la commission d'un fait contraire à l'ordre social ».

^{2 -} Voir infra.

^{3 -} G. Cornu, dir., Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, PUF, Quadrige, 7 eme éd, 2005, p. 667.

^{4 -} G. Cornu, dir., Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, op. cit., p. 441.

ment de produire pour les marchés certains biens ou services, financièrement indépendant de tout autre organisme »⁵.

Mais ces notions ne font pas l'objet de définitions uniformes. Ainsi, selon la Commission, le mot « entreprise » vise toute personne morale ou physique engagée dans une activité économique et commerciale⁶.

La notion d'entreprise, au sens communautaire du terme, est économique, indépendante de toute forme juridique particulière, ou de son nom. Il est nécessaire qu'elle ait une autonomie réelle dans la détermination de la ligne d'action. Tel n'est pas le cas d'une filiale, et ce, même si elle possède la personnalité juridique⁷. Le comportement d'une entreprise peut échapper à l'application du droit communautaire, par manque d'autonomie, si le comportement a été imposé par les autorités nationales⁸.

Lors de l'élaboration du Traité de Rome en 1957, la responsabilité pénale des personnes morales ou des groupements n'existait pas encore dans tous les Etats membres.

Ainsi, l'admission de la responsabilité pénale des groupements par les droits internes a été lente et progressive en Europe⁹. La responsabilité pénale des associations était généralement reconnue en Europe jusqu'à la Révolution française. Le principe de responsabilité pénale individuelle a entraîné la disparition de cette responsabilité, ainsi que la responsabilité pénale du fait d'autrui.

Le modèle anglo-saxon l'a réintroduit pour raisons pragmatiques et de politique criminelle s'agissant des délits par imprudence et des infractions d'omission puis pour les *public welfare offences*, et enfin pour toutes les infractions. En pratique, les personnes morales sont le plus souvent poursuivies dans le cadre du droit pénal des affaires.

Dans les années 1920, les législations continentales ont commencé à admettre ce type de responsabilité, en raison de la naissance du droit économique moderne que ce soit dans le domaine du droit fiscal, des douanes ou de la concurrence.

Le phénomène de criminalisation va s'accélérer à partir des années 1950 en raison de l'accroissement de la criminalité des affaires et du

^{5 -} G. Cornu, dir., Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, op. cit., p. 358.

^{6 -} Rép. 2290/84.

^{7 -} TPICE 12 janvier 1995, aff. 102/92, Viho Europe BV; CJCE 24 oct 1996, aff. 73/95P, Viho Europe.

^{8 -} TPICE 18 sept. 1996, aff. 387/94, Asia Motor France.

⁹⁻K. Tiedeman, Rapport introductif, in M. Delmas-Marty, dir., La responsabilité pénale dans l'entreprise. Vers un espace judiciaire européen unifié ?, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1997, p. 259 et, plus particulièrement, p. 268.

développement d'un droit de l'environnement assorti de sanctions pénales.

Ainsi, la responsabilité pénale des personnes morales se généralise en 1976 aux Pays-Bas, où elle avait été introduite en 1950, mais initialement, uniquement pour les délits d'affaires.

Dans les années 1980, si certains Etats n'admettent que des sanctions administratives à l'encontre des personnes morales (Espagne, Grèce), d'autres admettent qu'une personne morale puisse se voir infliger dans sanctions à caractère punitif se rapprochant de sanctions pénales (Allemagne, Suède, France en matière fiscale et de concurrence depuis 1986).

Ces dernières années, la responsabilité pénale des personnes morales a été adoptée dans un certain nombre de pays (Portugal en 1982, France en 1994 ou Finlande en 1995). En France, elle a même été généralisée à l'ensemble des infractions par la loi du 9 mars 2004 à compter du 31 décembre 2005.

Toutefois, si l'existence de la responsabilité pénale des personnes morales dans l'Union européenne est désormais largement établie, un droit pénal de l'Union européenne tarde à émerger, malgré quelques avancées en la matière.

Les incidences du droit communautaire sur le droit pénal national

En effet, il n'existe pas, à proprement parler, de droit pénal communautaire même si l'article 5 du Traité de Rome impose aux Etats de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de leurs obligations¹⁰, ce qui est susceptible d'avoir une influence sur la peine.

Toutefois, le droit communautaire peut produire deux effets sur le droit pénal interne : neutralisation et appel. En effet, le droit communautaire jouit d'une autorité supérieure au droit interne, ce qui résulte de l'article 55 de la Constitution et comme l'affirme la jurisprudence tant interne que communautaire ¹².

S'agissant de la neutralisation, elle résulte de la contrariété entre le droit pénal national et le droit communautaire et impose au juge d'écarter toute incrimination de droit interne incompatible avec les normes communautaires¹³.

^{10 -} B. Bouloc, L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne, in Mélanges offerts à Georges Levasseur, Droit pénal, droit européen, Gazette du Palais, Litec, 1992, p. 103.

¹¹⁻ Crim. 22 octobre 1970, Bull. n°276.

^{12 -} CJCE, Amsterdam Bulb, 2 février 1977, 50/76, Rec., p. 137.

^{13 -} D. Mayer, L'ouverture européenne du droit pénal, *in* L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, Dalloz, 1994, p. 265.

Cet effet est produit par certaines dispositions de droit communautaire primaire et de droit communautaire dérivé.

En droit communautaire primaire, les articles 28 et suivants du Traité CE prévoient l'interdiction des restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation ainsi que les mesures d'effet équivalent¹⁴. Toutefois, certaines de ces mesures sont admises si elles visent à sauvegarder un intérêt public supérieur¹⁵ ou si elles résultent de l'établissement d'un monopole¹⁶.

Ces dispositions ont permis de **neutraliser des dispositions d'ordre pénal.**

Ainsi, dans la décision de la Cour de Justice des Communautés européennes du 2 octobre 2003, Procédure pénale contre Marco Grilli¹⁷, il a été considéré que l'article 29 du Traité CE relatif à la libre circulation de marchandises s'opposait à ce qu'une réglementation nationale interdise à un ressortissant d'un autre Etat membre, sous peine de sanctions pénales telles qu'une peine d'emprisonnement ou une amende, d'acheminer vers cet autre Etat un véhicule acheté dans le premier Etat membre, sur lequel seraient apposées des plaques d'immatriculation provisoires délivrées, en vue de l'exportation du véhicule vers cet autre Etat membre, par les autorités compétentes de celui-ci. En effet, cette réglementation est de nature à restreindre les courants d'exportation, crée une différence de traitement entre le commerce intérieur d'un Etat et son commerce extérieur, est à l'origine d'un avantage pour le

^{14 -} Ainsi les articles 28 et 29 prévoient respectivement « Les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres », « Les restrictions quantitatives à l'exportation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres ».

^{15 -} L'article 30 prévoit « Les dispositions des articles 28 et 29 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres ».

^{16 -} L'article 31 prévoit :

^{« 1.} Les États membres aménagent les monopoles nationaux présentant un caractère commercial, de telle façon que soit assurée, dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés, l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants des États membres.

Les dispositions du présent article s'appliquent à tout organisme par lequel un État membre, de jure ou de facto, contrôle, dirige ou influence sensiblement, directement ou indirectement, les importations ou les exportations entre les États membres. Ces dispositions s'appliquent également aux monopoles d'État délégués.

^{2.} Les États membres s'abstiennent de toute mesure nouvelle contraire aux principes énoncés au paragraphe 1 ou qui restreint la portée des articles relatifs à l'interdiction des droits de douane et des restrictions quantitatives entre les États membres.

^{3.} Dans le cas d'un monopole à caractère commercial comportant une réglementation destinée à faciliter l'écoulement ou la valorisation de produits agricoles, il convient d'assurer, dans l'application des règles du présent article, des garanties équivalentes pour l'emploi et le niveau de vie des producteurs intéressés ».

^{17 -} Aff. C-12/02, Recueil de jurisprudence 2003, p. I-11585.

commerce national au détriment de celui d'un autre Etat membre. Par ailleurs, cette réglementation ne peut être justifiée au titre de l'article 30 du Traité CE.

Toutefois, la mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation qui pourrait résulter de la législation prescrivant l'emploi de la langue française dans les modes d'utilisation des produits¹⁸ est justifiée, conformément à l'article 36, devenu l'article 30, du Traité CE, par la protection des consommateurs sur le territoire national¹⁹.

Par ailleurs, l'article 49 alinéa 1er du Traité CE interdit les restrictions à la liberté de prestation des services²º. Or, des services font l'objet de restrictions assorties de sanctions pénales. La Cour de justice a été interrogée par une juridiction belge dans le cadre de poursuites pénales intentées contre un entrepreneur luxembourgeois, lequel était prévenu d'avoir omis de payer des cotisations pour les « timbres fidélité » et des « timbres intempéries » à l'occasion d'un chantier qu'il exécutait en Belgique. Dans la mesure où l'entreprise luxembourgeoise acquittait déjà des cotisations comparables dans son pays d'origine, la Cour de justice a estimé que cette exigence était incompatible avec les règles relatives à la libre prestation de services²¹.

En droit communautaire dérivé, des dispositions sont également susceptibles d'entrer en conflit avec des normes pénales.

Ainsi dans l'arrêt du 9 novembre 1995, Procédure pénale contre Thierry Tranchant et Téléphone Store SARL²², la Cour de Justice des Communautés européennes a considéré que l'article 6 de la directive 88/301, relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication, s'oppose à une réglementation nationale interdisant, sous peine de sanctions, aux opérateurs économiques de fabriquer, d'importer, de détenir en vue de la vente, de vendre, de distribuer des appareils terminaux ou d'en faire la publicité sans justifier, par la présentation d'un agrément ou de tout autre document considéré comme équivalent, de la conformité de ces appareils à certaines exigences essentielles tenant notamment à la sécurité des usagers et au bon fonctionnement du réseau, alors que n'est pas assurée l'indépendance, par

^{18 -} Loi n°94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française et décret n°95-240 du 3 mars 1995 pris pour l'application de la loi n°94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française.

^{19 -} Crim. 26 avril 2000, Bull. n° 163; 14 novembre 2000, Bull. n° 342.

^{20 - «} Dans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation ».

^{21 -} CJCE 28 mars 1996, Guiot, aff. 272/94: Rec. CJCE 1996, I, p. 1905.

^{22 -} Aff. C-91/94, Rec. 1995, p. I-03911.

rapport aux opérateurs offrant des biens ou des services dans le domaine des télécommunications, d'un laboratoire d'essais chargé de contrôler la conformité de ces appareils aux spécifications techniques.

L'effet d'appel au droit pénal résulte de certaines dispositions de droit communautaire dérivé.

Ainsi en a-t-il été de l'infraction de blanchiment ayant déjà fait l'objet de trois directives communautaires. La directive 91/308/CEE du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux a institué un mécanisme de prévention destiné à inciter les législateurs à obliger les intermédiaires financiers à identifier leurs clients et à déclarer toute opération « qui pourrait être l'indice d'un blanchiment de capitaux »²³. Alors que le délit de blanchiment avait été introduit en droit interne par la loi n°90-614 du 12 juillet 1990 blanchiment des capitaux provenant du trafic de stupéfiant concernait uniquement le trafic de stupéfiants, la loi n°96-452 du 13 mai 1996 lutte contre le blanchiment et le trafic de stupéfiant généralise le délit à toutes les infractions²⁴.

L'obligation de déclarer pèse sur le service du Ministère de l'économie, des finances et du budget compétent en matière de blanchiment des capitaux issus d'un trafic de stupéfiants²⁵. Depuis 1998, cette obligation concerne toutes les sommes et opérations sur les sommes provenant vraisemblablement d'un trafic de stupéfiants ou de l'activité d'organisations criminelles²⁶.

La directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux étend l'obligation de révélation de soupçon à l'ensemble des professionnels et notamment à l'avocat²⁷. Le texte a été transposé par la loi du 11 février 2004 portant réforme de certaines professions judiciaires ou juridiques complétée par un décret du 26 juin 2006²⁸.

Plus récemment encore, la nouvelle directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du

^{23 -} Article 6.

^{24 -} Articles 324-1 à 324-9 du Code pénal.

^{25 -} Article 5 de la loi du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants.

^{26 -} Article 3 tel que modifié par la loi du 2 juillet 1998.

^{27 -} Le Bulletin du Barreau de Paris, n°29, 17 octobre 2000, p. 223.

^{28 -} C. Cutajar, Aperçu rapide, JCP 2006, act. 312.

financement du terrorisme a été adoptée le 26 octobre 2005. Elle étend la portée à la lutte contre le financement du terrorisme²⁹. Il est précisé que les destinataires de la directive sont les personnes morales³⁰.

Plus encore, l'article 39 §§3 et 4 de la directive prévoit :

- « 3. S'agissant de personnes morales, les États membres veillent à ce qu'elles soient au moins tenues pour responsables des violations visées au paragraphe 1, commises pour leur compte par toute personne, agissant individuellement ou en qualité de membre d'un organe de ladite personne morale, qui occupe une position dirigeante au sein de cette personne morale, sur l'une des bases suivantes :
- un pouvoir de représentation de la personne morale ;
- une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale, ou
- une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale. 4. Outre les cas prévus au paragraphe 3, les États membres font en sorte qu'une personne morale puisse être tenue pour responsable lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne visée au paragraphe 3 a rendu possible la réalisation des violations visées au paragraphe 1 pour le compte d'une personne morale par une personne soumise à son autorité ».

La transposition doit intervenir dans les deux ans suivant la publication au Journal officiel de l'Union advenue le 25 novembre 2005.

L'influence du droit communautaire sur le droit pénal est donc certaine, même si une partie de la doctrine s'est interrogée sur sa constitutionnalité³¹. Pourtant, elle demeure limitée. Ainsi, une directive non transposée ne saurait permettre d'aggraver la responsabilité pénale en cas d'incompatibilité de dispositions nationales plus sévères³².

Il n'en demeure pas moins que cette influence manifeste et croissante répond à des exigences pragmatiques. Elle tendait d'ailleurs à se développer à travers le Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Cette influence se manifeste à travers la mise en œuvre des systèmes de sanction des entreprises (section I), mais aussi par la lente progression

^{29 -} Article 1er.

^{29 -} Article 2.

^{30 -} Certains auteurs considérant que ces atteintes seraient inconstitutionnelles, voir notamment, J. Boré, La difficile rencontre du droit pénal français et du droit communautaire, *in* Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'André Vitu, éditions Cujas, 1989, p. 45.

³¹ - CJCE 3 mai 2005, aff. jointes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, Procédures pénales c. Silvio Berlusconi, Sergio Aldelchi, Marcello Dell'Utri e. a., JOUE n° C 171, 9 juill. 2005, p. 1 ; JCP 2006, II, 10020, note O. Dubos.

^{32 -} Articles 85 et s. devenus articles 81 et s. dans la version consolidée du Traité CE.

vers la consécration d'un véritable droit pénal communautaire des entreprises (section II).

Section I - L'indispensable existence de systèmes de sanction des entreprises

Les systèmes de sanction des entreprises sont quasi-pénaux dans le droit communautaire contraignant (§ 1), mais aussi pénaux dans les actes non contraignants adoptés par les Communautés européennes (§ 2).

§ 1 : Les sanctions quasi-pénales en matière de concurrence

Le droit communautaire, s'il ne prévoit pas de sanctions pénales envers les transgressions des normes qu'il édicte, contient plusieurs dispositions instaurant des sanctions administratives contenues dans le droit communautaire primaire et dérivé.

Ainsi, en droit communautaire primaire, dès le Traité CECA, étaient prévues des amendes et astreintes. L'article 58 de ce Traité prévoyait des sanctions à défaut de respecter les décisions de la Commission concernant le charbon et l'acier.

Il résultait de l'article 95 que la Commission avait la charge de déterminer les sanctions applicables.

Relativement à la concurrence dans ces domaines, l'article 65 du Traité CECA prévoyait des sanctions à l'encontre tant des personnes physiques, que des personnes morales. Une Haute autorité intervenait pour sanctionner. Le Traité CECA est venu à expiration en juillet 2002.

Le Traité CE prévoit également des sanctions ayant un caractère punitif en matière de concurrence³³. Le Règlement 17 du 6 février 1962 a été pris sur le fondement de ces dispositions pour mettre en œuvre et détailler ce système de sanction.

Elles sont prévues par les articles 81 et suivants du Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée). Il s'agit là de règles relatives à la concurrence uniquement applicables aux entreprises.

Pour que ces dispositions soient applicables, il suffit d'une possibilité d'atteinte au commerce entre Etats membres. Une entreprise peut être sanctionnée dès lors qu'elle a agi dans le but de restreindre la

^{33 -} CJCE 1er février 1978, aff. 19/77, Miller.

concurrence, sans qu'il soit nécessaire de savoir si elle avait ou non conscience d'enfreindre les dispositions du Traité CE³⁴.

L'article 81, paragraphe 1 prohibe les ententes entre entreprises³⁵. Une première sanction, à savoir la nullité de plein droit des accords ou décisions interdits, est prévue par l'article 81 paragraphe 2. Le prononcé de la nullité incombe aux Etats membres. Le paragraphe 3 énonce des causes d'irresponsabilité facultatives fondées sur l'objectif poursuivi par les ententes³⁶. L'article 82 interdit l'exploitation d'une position dominante³⁷.

L'article 83 prévoit l'adoption de règlements ou de directives afin de rendre applicables les principes énoncés par ces dispositions. Il énonce à titre indicatif des sanctions³⁸, à savoir l'astreinte et l'amende³⁹.

^{34 - «} Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :

a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ;

 $b)\ limiter\ ou\ contrôler\ la\ production,\ les\ débouchés,\ le\ développement\ technique\ ou\ les\ investissements\ ;$

c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;

d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;

e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

³⁵ - « Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

⁻ à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,

⁻ à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises, et

⁻ à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans : a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ;

b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence ».

^{36 - «} Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ;

b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ; c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;

d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

^{37 -} Paragraphe 2a).

^{38 -} Dont le caractère non pénal est réaffirmé par la jurisprudence, TPI, 15 mars 2000, « ciment », aff. jointes T 25, 26, 30 à 32, 34 à 39, 42 à 46, 48, 50 à 65, 68 à 71, 87, 88, 103 et 104/95, RSC 2000, n°3, p. 689, note L. Idot.

^{39 - « 1.} Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues à l'article 12 et aux articles 81 à 89 inclus.

^{2.} Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté ».

La Commission est chargée par l'article 85 de l'application des principes fixés par les articles 81 et 82.

Elle est chargée de l'instruction « sur demande d'un Etat membre ou d'office, et en liaison avec les autorités compétentes des Etats membres qui lui prêtent leur assistance, les cas d'infraction présumée aux principes précités. Si elle constate qu'il y a eu infraction, elle propose les moyens propres à y mettre fin ».

L'article 86 prévoit des règles spécifiques concernant les « entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils [les Etats] accordent des droits spéciaux ou exclusifs » sans pour autant exclure totalement l'application des dispositions du Traité⁴⁰. Ainsi, ces entreprises ne sont pas soumises aux règles de la concurrence si elles sont chargées d'un service d'intérêt économique général ou présente le caractère d'un monopole fiscal, d'une part, et que l'accomplissement des règles de la concurrence fait échec à l'accomplissement de la mission donnée à l'entreprise, d'autre part.

Pour déterminer si l'entreprise était chargée d'un service d'intérêt économique général, la Cour de Justice des Communautés européennes a retenu des critères précis⁴¹.

Le Règlement n°17: Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du Traité confère à la Commission un pouvoir d'investigation et de sanction. L'activité de la Commission est placée sous le contrôle des juridictions communautaires⁴².

La procédure suivie y est détaillée.

Notons que les droits de la défense sont observés par la Commission⁴³. En effet, les juridictions communautaires considèrent que, même si la Commission n'est pas un « tribunal » au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁴, elle doit, néanmoins, respecter les principes généraux du droit communautaire⁴⁵.

^{40 -} Il s'agit selon la décision CJCE 27 avril 1994, aff. 393/92, Commune d'Almelo, des critères suivants :

⁻ l'entreprise doit avoir été chargée de la mission par une décision des autorités publiques,

⁻ la fourniture du service doit être ininterrompue,

⁻ le service doit couvrit l'intégralité du territoire,

⁻ le service doit s'adresser à tous les consommateurs ou utilisateurs finaux dans des quantités demandées à tout moment

⁻ les tarifs uniformes doivent être uniformes,

⁻ les conditions de la prestation du service ne peuvent varier que selon des critères objectifs applicables à tous les clients.

^{41 -} Articles 9 et 17.

⁴²⁻Article 19: «Avant de prendre les décisions prévues aux articles 2, 3, 6, 7, 8, 15 et 16, la Commission donne aux entreprises et associations d'entreprises intéressées l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus par la Commission ».

^{43 -} Ce qui aurait entraîné l'application des règles relatives au procès équitable prévues par cette disposition.

⁴⁴ - TPI 15 mars 2000, « ciment », aff. jointes T 25, 26, 30 à 32, 34 à 39, 42 à 46, 48, 50 à 65, 68 à 71, 87, 88, 103 et 104/95, RSC 2000, n°3, p. 689, note L. Idot.

^{45 -} Article 11.

La Commission peut recueillir tous les renseignements nécessaires auprès des gouvernements et des autorités compétentes des Etats membres, ainsi que des entreprises et associations d'entreprises⁴⁶.

La Commission adresse une demande de renseignements à une entreprise ou association d'entreprises, et envoie, simultanément, une copie de cette demande à l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel se trouve le siège de l'entreprise ou de l'association d'entreprises. La Commission indique les bases juridiques et le but de sa demande, ainsi que les sanctions prévues au cas où un renseignement inexact serait fourni.

Les propriétaires des entreprises ou leurs représentants sont tenus de fournir les renseignements demandés et, dans le cas de personnes morales, de sociétés ou d'associations n'ayant pas la personnalité juridique, les personnes chargées de les représenter, selon la loi ou les statuts.

La Commission peut procéder à toutes les vérifications nécessaires auprès des entreprises et associations d'entreprises⁴⁷, c'est-à-dire : contrôler les livres et autres documents professionnels ; prendre copie ou extrait des livres et documents professionnels ; demander sur place des explications orales ; accéder à tous locaux, terrains et moyens de transport des entreprises.

La Commission avise, en temps utile, avant la vérification, l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel la vérification doit être effectuée de la mission de vérification et de l'identité des agents mandatés.

Un Comité compétent en matière d'ententes et de positions dominantes est consulté préalablement à toute décision consécutive à une procédure⁴⁸.

Plusieurs sanctions sont encourues. Ainsi, la Commission peut enjoindre à l'entreprise de cesser l'infraction ou faire des recommandations en ce sens⁴⁹.

La Commission peut également infliger des amendes de mille à un million d'euros en cas de violation des articles 81 ou 82 du Traité. Toutefois, ce maximum peut être porté à dix pour cent du chiffre

^{46 -} Article 14.

^{47 -} Article 10.

^{48 -} Article 3.

^{49 -} Article 15, §2.

d'affaires réalisé au cours de l'exercice social. Il s'agit du chiffre d'affaires mondial⁵⁰. En cas d'association d'entreprises, le plafond est calculé pour l'ensemble des membres. L'amende dépend de la gravité de l'infraction et de la durée de celle-ci⁵¹. Par ailleurs, des lignes directrices indiquant des montants conseillés d'amende compte tenu des circonstances ont été publiées en janvier 1998⁵².

Le raisonnement proposé par les lignes directrices suppose de fixer un montant de base en fonction de la gravité et la durée de l'infraction. Les infractions sont classées en trois catégories : peu graves, graves et très graves. Pour les premières, le montant sera compris entre mille et un million d'euros, pour les deuxièmes entre un et vingt millions d'euros et pour les troisièmes, plus de vingt millions d'euros. Pour la durée, l'infraction peut être courte (inférieure à un an), moyenne (de un à cinq ans) ou longue (plus de cinq ans).

Le montant de base ainsi calculé est modulé en fonction des circonstances⁵³. D'autres circonstances peuvent être prises en compte – telle que la longueur de la procédure suivie – et justifier la réduction du montant des amendes⁵⁴.

Notons que le Règlement affirme le caractère non pénal de cette sanction⁵⁵.

Des amendes, d'un montant de cent à cinq mille euros, lorsque des indications inexactes, dénaturées ou incomplètes ont été fournies à la Commission agissant en vertu du Règlement⁵⁶ peuvent être prononcées.

La Commission peut aussi infliger une astreinte de cinquante à mille euros par jour de retard pour contraindre les entreprises à mettre fin à une infraction aux dispositions de l'article 81 ou de l'article 82 du Traité conformément à une décision prise en application de l'article 3 du Règlement ; à mettre fin à toute action interdite ; à fournir de manière complète et exacte un renseignement demandé ; à se soumettre à une vérification⁵⁷.

Lorsque les entreprises ou associations d'entreprises ont satisfait à l'obligation pour l'exécution de laquelle l'astreinte avait été infligée, la Commission peut fixer le montant définitif de celle-ci à un chiffre inférieur à celui qui résulterait de la décision initiale⁵⁸.

^{50 -} Article 15, §2.

^{51 -} Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15, §2 du règlement 17 et de l'article 65, §5 du Traité CECA, JOCE n° C9 du 14 janvier 1998.

^{52 -} Qu'elles soient aggravantes (récidive, rôle joué par l'entreprise) ou atténuantes (rôle passif).

^{53 -} Commission, déc. FEG et TU, JOCE, n°L 39 du 14 février 2000, Europe, avril 2000, comm. n°113.

^{54 -} Article 15 §4.

^{55 -} Article 15 §1.

^{56 -} Article 16 §1.

^{57 -} Article 16 §1.

^{58 -} Ainsi, l'article 131-37 1° du Code pénal fait de l'amende la peine de droit commun encourue par les personnes morales.

L'article 17 permet à la Cour de justice de supprimer, réduire ou majorer l'amende ou l'astreinte infligée.

Il existe de véritables similitudes entre ce système de sanctions et un véritable droit pénal, qu'il s'agisse de la procédure suivie, de l'application du principe de non-rétroactivité et des sanctions encourues⁵⁹.

D'autres sanctions administratives existent, notamment concernant le régime des aides pour la pêche et l'agriculture. Ainsi, le règlement 714/89 du 20 mars 1989 portant modalités d'appli-

Ainsi, le réglement 714/89 du 20 mars 1989 portant modalités d'application du régime de prime spéciale en faveur des producteurs de viande bovine prévoit, à titre de sanction, la perte de la prime normalement octroyée.

Il existe donc des sanctions administratives, mais elles ne sont que pécuniaires.

La Cour de Justice a eu l'occasion de préciser que ces mesures n'avaient pas de caractère punitif, mais constituaient des mesures d'exécution des régimes d'aide⁶⁰.

Par ailleurs, dans le secteur des transports les mêmes principes que ceux relatifs à la concurrence ont été repris et adaptés par le règlement 1017/68 du 19 juillet 1968 portant application de règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, par le règlement 4056/86 du 22 décembre 1986 déterminant les modalités d'application des règles européennes de concurrence aux transports maritimes et par le règlement 3975/87 du 14 décembre 1987 fixant la procédure d'application des règles de concurrence aux entreprises dans le secteur des transports aériens.

Tous ces systèmes de sanction mettent en évidence la nécessité de lutter contre les violations de certains aspects du droit communautaire par le biais d'un réseau quasi-répressif. Toutefois, il est apparu insuffisant pour lutter contre des actes érigés par les droits internes en infraction pénale. La question de l'instauration d'un véritable droit pénal communautaire s'est donc posée.

§ 2 : La coopération inter-Etatique sur le fondement du troisième pilier

Le Traité de Rome du 26 mars 1957 ayant institué la Communauté

^{59 -} CJCE 27 octobre 1992, aff. n°C240/90, RFA c. Commission.

^{60 -} CJCE Casati, 11 novembre 1981, n°203/81, Rec. p. 2595.

économique européenne ne comporte aucune disposition susceptible d'avoir une incidence directe sur la législation pénale des Etats membres. En principe, la matière pénale reste de la compétence de ces derniers⁶¹. Le droit pénal est « un sujet qui n'entre pas en tant que tel dans la sphère de compétence de la communauté, mais qui reste du ressort de chaque Etat membre »⁶².

Toutefois, jusqu'au traité de Maastricht, l'influence du droit communautaire se manifestait essentiellement à travers la nécessité d'assimiler les violations du droit communautaire aux violations du droit national mais aussi par le devoir d'instaurer une répression efficace⁶³, ces principes ayant été affirmés dans l'affaire du maïs greco-yougoslave⁶⁴ en se fondant sur l'article 5 du Traité CE. Dans l'affaire RFA c. Commission⁶⁵, la Cour a rappelé que le pouvoir de sanction est un instrument administratif spécifique faisant partie intégrante du régime d'aides.

Depuis, l'adoption du titre VI du Traité UE ou troisième pilier de l'Union européenne, de nouvelles perspectives sont ouvertes pour l'adoption d'un droit pénal communautaire⁶⁶.

L'objectif de ce titre VI est affirmé par l'article 40 qui prévoit :

« 1. Les coopérations renforcées dans l'un des domaines visés dans le présent titre ont pour but de permettre à l'Union de devenir plus rapidement un espace de liberté, de sécurité et de justice tout en respectant les compétences de la Communauté européenne ainsi que les objectifs fixés par le présent titre ».

Pour les domaines indiqués aux articles 29 et suivants du traité⁶⁷, la Commission partage le droit d'initiative avec les Etats membres⁶⁸. Ces domaines peuvent être communautarisés sans modification du Traité UE par décision du Conseil et après adoption de cette décision par les Etats membres selon leurs règles constitutionnelles respectives.

^{61 -} Commission, 8ème rapport général sur l'activité des communautés, mai 1974, p. 87.

^{62 -} Sanctions à caractère effectif, proportionné et dissuasif.

^{63 -} Aff. n°68/88, CJCE 21 septembre 1989.

^{64 -} Aff. n°C240/90, CJCE 27 octobre 1992.

^{65 -} M. Delmas-Marty, dir., Vers un droit pénal communautaire ? Le titre VI du traité sur l'Union européenne et la matière pénale, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1995, 91 p.

^{66 -} Article 29 alinéa 1er : « Sans préjudice des compétences de la Communauté européenne, l'objectif de l'Union est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice, en élaborant une action en commun entre les États membres dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, en prévenant le racisme et la xénophobie et en luttant contre ces phénomènes ».

^{67 -} Article 42.

^{68 -} Mais dont la portée politique est importante, A. lo Monaco, Les instruments juridiques de coopération dans les domaines de la Justice et des Affaires intérieures, *in* M. Delmas-Marty, dir., Vers un droit pénal communautaire ? Le titre VI du traité sur l'Union européenne et la matière pénale, *op. cit.*, p. 14.

Les actes adoptés sur le fondement du Titre VI sont des instruments non contraignants juridiquement⁶⁹. Ainsi, ils fondent une coopération inter-Etatique et supposent que les Etats y adhèrent individuellement pour y être tenus. Les résolutions, largement utilisées, sont adoptées à l'unanimité et indiquent une date cible pour leur transposition dans les droits internes. Les positions et actions communes n'ont pas, non plus, d'effet direct sur le plan interne.

Toutefois, si le Traité UE est entré en vigueur le 1er novembre 1993, la première action commune relative à l'un des domaines de la justice et des affaires intérieures n'a été adoptée que le 30 novembre 1994⁷⁰.

Malgré cela, la doctrine constate un phénomène de « communautarisation du droit pénal » 71 . Toutefois, cette communautarisation a lieu *a minima* dans la mesure où l'article 31 § 1 e) dispose :

« 1. L'action en commun dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale vise, entre autres à :

...

e) adopter progressivement des mesures instaurant des **règles minimales** relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue ».

Ainsi, ce phénomène ne concerne que les règles minimales de certains domaines spécifiques.

Il en résulte que la détermination des règles relatives à la responsabilité ne relève pas de la compétence fondée sur le titre VI, sauf indirectement par le biais des sanctions.

En effet, si le texte prévoit des sanctions à l'égard des groupements, c'est donc qu'implicitement, mais nécessairement, la responsabilité de ceux-ci doit être établie.

C'est en application de ces dispositions qu'ont été adoptées, par exemple, la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, les Conventions du 10 mars 1995 et du 27 septembre 1996 instituant une procédure simplifiée d'extradition entre les États membres de l'Union européenne et celle du 29 mai 2000 sur l'entraide judiciaire en matière pénale.

^{69 -} A. lo Monaco, Les instruments juridiques de coopération dans les domaines de la Justice et des Affaires intérieures, art. précité, p. 11.

⁷⁰-H. Labayle, L'application du titre VI du Traité sur l'Union européenne et la matière pénale, in M. Delmas-Marty, dir., Vers un droit pénal communautaire? Le titre VI du traité sur l'Union européenne et la matière pénale, op. cit., p. 41.

^{71 -} JOCE n°C 316, 27 nov. 1995 ; Y. Gautier et A. Rigaux, Deux nouveaux instruments visant à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, Europe, mars 1996, chron. 3.

La Convention du 26 juillet 1995⁷² oblige les Etats membres à prendre les mesures nécessaires afin que les comportements portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté constituent, sauf s'il s'agit de fraudes mineures, des infractions pénales punies par des peines d'emprisonnement d'un an au moins. En outre, les Etats sont tenus de prendre les mesures nécessaires afin d'introduire la responsabilité pénale des chefs d'entreprise en cas d'actes commis par des personnes soumises à leur autorité pour le compte de l'entreprise. Enfin, le Règlement 2988/05 du 18 décembre 1995 relatif à la protection des intérêts financiers de la Communauté et le Règlement 2185 du 11 novembre 1996 relatif au contrôle et vérification sur place pour la protection des intérêts financiers de la Communauté prévoit également des sanctions, à savoir notamment la réduction du concours financier⁷³.

Il n'en demeure pas moins que ces Conventions font appel, pour l'essentiel, à des procédures de transposition relevant de la coopération intergouvernementale traditionnelle, supposant une ratification, par les Etats, des mesures en cause. Or, les ratifications sont le plus souvent tardives.

Par ailleurs, les textes adoptés sur le fondement de ces dispositions ne créent pas eux-mêmes des infractions, mais font seulement obligation aux Etats membres d'incriminer certains comportements.

Le Traité d'Amsterdam a modifié le titre VI du traité sur l'Union européenne afin de permettre au Conseil d'adopter des décisions-cadres qui lient les Etats membres quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens, ainsi que des « décisions à toute autre fin »⁷⁴. Ces nouveaux instruments n'ont pas d'effet direct. Ils s'ajoutent aux Conventions qui peuvent désormais entrer en vigueur, alors même qu'elles n'ont été ratifiées que par la moitié des États membres⁷⁵.

Ces nouvelles possibilités ont déjà été utilisées puisque le Conseil a adopté diverses décisions-cadres visant à renforcer, notamment par des sanctions pénales, la protection contre le faux-monnayage⁷⁶ ou encore la décision-cadre du 26 juin 2001, relative au blanchiment d'argent⁷⁷.

^{72 -} CJCE 2 décembre 2004, José Marti Peix c. Commission, aff. C-226/03 P.

^{73 -} Article 34 du Traité UE.

^{74 -} Article 34 du Traité UE.

^{75 - 29} mai 2000 et 28 mai 2001.

^{76 -} E. Barbe, Une triple étape pour le troisième pilier de l'Union européenne, Rev. Marché commun, n° 454, janv. 2002.

^{77 -} Ainsi, l'article 42 du traité dispose : « Le Conseil, statuant à l'unanimité à l'initiative de la Commission ou d'un État membre, et après consultation du Parlement européen, peut décider que des actions dans les domaines visés à l'article 29 relèveront du titre IV du traité instituant la Communauté européenne et, en même temps, déterminer les conditions de vote qui s'y rattachent. Il recommande l'adoption de cette décision par les États membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ».

Le Traité d'Amsterdam a également modifié de manière significative le Traité CE en y introduisant, dans un nouveau titre IV intitulé « Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes », des dispositions prévoyant que le Conseil devra arrêter, dans une période de cinq ans, des mesures visant à prévenir et à combattre la criminalité organisée, le terrorisme et le trafic de drogue, ainsi que des mesures dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

Par ailleurs, depuis le Traité de Maastricht, est prévue une passerelle entre le troisième et le premier pilier permettant aux Etats de transférer, dans le pilier communautaire, certaines actions appartenant au troisième pilier⁷⁸.

Notons que le traité semble rappeler la prééminence du droit national. En effet, l'article 33 prévoit :

« Le présent titre ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure. »

Or, il semble bien que le droit pénal soit l'expression juridique essentielle de règles destinées à maintenir l'ordre public et à sauvegarder la sécurité intérieure.

Si le titre VI peut permettre l'adoption d'un droit pénal européen de l'entreprise, ce n'est qu'à certaines conditions.

Tout d'abord, il est nécessaire qu'un acte soit adopté et qu'il prévoit des règles minimales relatives aux sanctions encourues par l'entreprise dans le domaine spécifié.

Ensuite, il est indispensable que l'acte soit transposé en droit interne. Enfin, l'acte doit entrer en vigueur dans l'Union européenne.

Or, ces conditions sont loin d'être fréquemment réunies, c'est pourquoi l'adoption d'un droit pénal paraît essentielle.

Section II - L'évolution inachevée vers un droit pénal européen de l'entreprise

L'adoption d'un droit pénal européen de l'entreprise paraît nécessaire, mais sa consécration en droit positif tarde à advenir (§ 2), malgré les propositions doctrinales en ce sens (§ 1).

^{78 -} Voir notamment la doctrine citée par H. Labayle, L'application du titre VI du Traité sur l'Union européenne et la matière pénale, art. précité, note 5 p. 38 ; R. de Gouttes, De l'espace judiciaire pénale européen à l'espace judiciaire pan-européen, *in* Mélanges offerts à Georges Levasseur, Droit pénal, droit européen, Gazette du Palais, Litec, 1992, p. 3.

§ 1: Les propositions doctrinales

A. La création d'un espace pénal européen

Plusieurs tentatives doctrinales non fructueuses ont été formulées pour créer un espace pénal européen⁷⁹. Un cheminement fonctionnaliste a conduit la doctrine à s'intéresser à la matière pénale⁸⁰.

Ainsi, en 1977, V. Giscard d'Estaing a présenté devant le Conseil européen le projet d'espace judiciaire pénal européen qui n'a pas complètement abouti. Le projet d'adoption d'un droit pénal communautaire est relativement ancien. Ainsi, plusieurs résolutions du Parlement européen, depuis 1977, se sont exprimées favorablement au projet de Traité proposé par la Commission sur la protection des intérêts financiers de la Communauté et qui prévoit une harmonisation des sanctions administratives et pénales dans ce domaine.

Pourtant, lors de la Conférence de Rome du 19 juin 1980, les Pays-Bas ont refusé de signer la Convention de coopération en matière pénale, le projet a donc été, en partie, abandonné.

Plusieurs tentatives de réajustements ont été opérées, le projet s'est finalement scindé en plusieurs aspects.

Certains de ces aspects ont été adoptés en droit positif concernant notamment la répression du terrorisme, mais le projet n'a pas conduit à l'adoption d'un droit pénal communautaire.

B. Le Corpus Juris

Quelques années plus tard, à la demande du Parlement européen, une étude intitulée, « Espace judiciaire européen », a été lancée en novembre 1995 par F. De Angelis et a abouti à un rapport proposant un « *Corpus juris* portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne »⁸¹.

Le *Corpus Juris* comprend trente-cinq règles regroupées au sein de sept principes. La responsabilité pénale dans l'entreprise fait l'objet des articles 10 à 14 du *Corpus*⁸².

^{79 -} H. Labayle, L'application du titre VI du Traité sur l'Union européenne et la matière pénale, art. précité, p. 37.

^{80 -} M. Delmas-Marty, dir., *Corpus Juris* portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, Economica, 1997, 179 p.

^{81 -} M. Delmas-Marty, Avant-propos, *in* M. Delmas-Marty, dir., La responsabilité pénale dans l'entreprise. Vers un espace judiciaire européen unifié, *op. cit.*, p. 253.

^{82 -} H. Labayle, L'application du titre VI du Traité sur l'Union européenne et la matière pénale, art. précité, p. 42.

L'article 14 du *Corpus* prévoit la responsabilité pénale des groupements ayant la personnalité morale et de ceux qui sont sujets de droit et titulaires d'un patrimoine autonome, lorsque l'infraction a été réalisée pour le compte du groupement par un organe, un représentant ou toute personne agissant en son nom ou ayant un pouvoir de décision de droit ou de fait. Cette responsabilité n'exclut pas celle des personnes physiques, auteurs, instigateurs ou complices des mêmes faits.

L'instauration de cette responsabilité paraît logique dans la mesure où la responsabilité pénale des groupements est admise dans un certain nombre de pays européens. Par ailleurs, les rédacteurs du projet ont considéré que la restriction de la responsabilité aux seules personnes morales ne se justifiait pas. Ainsi, elle ne correspondrait plus à la réalité de la vie des affaires, puisque l'existence d'un patrimoine autonome est étroitement liée à la responsabilité. Ainsi, en cas de commission d'une infraction, le profit qui en résulte s'incorpore au patrimoine.

Le projet repose sur huit infractions : fraude au budget communautaire, fraude en matière de passation de marchés, corruption, abus de fonction, malversation, révélation de secrets de fonction, blanchiment et recel, association de malfaiteurs.

Ce projet se justifie par le degré impressionnant d'organisation de la vie des affaires, les circuits économiques employés complexes et l'internationalisation des échanges mettant en évidence l'insuffisance des droits nationaux. La répression uniquement nationale apparaît injuste, inefficace et complexe.

Trois voies ont été ou sont employées par le droit communautaire pour remédier à ces défauts : l'assimilation, la coopération et l'harmonisation. L'assimilation a été dégagée par la jurisprudence de la Cour de Justice à partir de l'article 5 du Traité CE, désormais inscrite à l'article 209A alinéa 1^{er} du Traité UE. Néanmoins, même s'il y a assimilation, cela ne garantit pas pour autant une répression uniforme dans l'Union européenne.

La coopération est parée par la doctrine de nombreuses vertus. De nombreux textes existent, mais ils ne sont pas ratifiés. Quant tel est le cas, ils n'entrent pas en vigueur. En effet, les actes adoptés sur le fondement du troisième pilier supposent leur ratification dans tous les Etats membres.

Une partie de la doctrine dénonce un « mur de papier pour lutter contre un phénomène criminel bien réel », voire même un « enlisement politique » de l'Union européenne en droit pénal.

Le projet n'a pas encore été consacré mais alimente les débats doctrinaux. Une traduction « législative » partielle aurait pu résulter de l'adoption du projet de Constitution pour l'Europe.

C. La Constitution pour l'Europe

Dans le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe rejeté par référendum en France comme aux Pays-Bas en 2005, des dispositions permettaient de fonder les bases d'un véritable droit pénal européen de l'entreprise.

Ainsi, les articles III-270 et suivants du projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe sont consacrés à la coopération judiciaire en matière pénale.

Plus spécifiquement, l'article III-271, §1 prévoit que :

« La loi-cadre européenne peut établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes. » Il est précisé que les domaines de criminalité concernés sont « le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée ».

Cette liste pourrait être complétée dans la mesure où l'alinéa 3 prévoit que : « En fonction des développements de la criminalité, le Conseil peut adopter une décision européenne identifiant d'autres domaines de criminalité qui remplissent les critères visés au présent paragraphe. Il statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen ».

La loi ou loi-cadre européenne doit établir les mesures visant à remplir cet objectif.

Le projet entend donc privilégier, en la matière, la voie de l'harmonisation et du rapprochement et non celle de l'unification.

Toutefois, la possibilité d'élaborer des règles minimales est expressément prévue.

Ainsi, l'article III-271, §2 concernant les cas sus-évoqués de criminalité transfrontalière prévoit la possibilité pour la loi-cadre européenne d'établir des « règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions », mais uniquement lorsque « le rap-

prochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation ».

La voie choisie est celle d'un rapprochement voire même d'une unification des règles minimales. Il reste à déterminer le degré d'unification auquel conduiraient les instruments adoptés en vertu de ce texte. En effet, il ne semble pas que rentrent dans cette catégorie les règles relatives à la responsabilité, si ce n'est par le biais, indirectement, des sanctions. En effet, si la loi-cadre instaurait des peines spécifiques aux personnes morales, c'est donc, qu'implicitement mais nécessairement, cette responsabilité devait être retenue.

Mais, une véritable « clause de sauvegarde » est établie par le $\S 3$ du même article qui dispose :

« Lorsqu'un membre du Conseil estime qu'un projet de loi-cadre européenne visé au paragraphe 1 ou 2 porterait atteinte aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale, il peut demander que le Conseil européen soit saisi ».

Ainsi, les Etats entendent, même à travers le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe, maintenir leurs compétences en matière de droit pénal et même agir contre les éventuels empiètements du droit européen.

Enfin, le §4 permet, en cas d'inaction du Conseil européen et à défaut d'adoption d'une loi-cadre européenne, qu'un tiers des Etats membres puisse décider d'instaurer une coopération renforcée sur la base du projet de loi-cadre concerné, après en avoir informés le Parlement européen, le Conseil et la Commission.

Une autre « clause de sauvegarde » permet de cantonner la compétence octroyée relative aux règles minimales en matière de définition des infractions et des sanctions concernant la « prévention du crime » résultant de l'article III-272 qui dispose :

« La loi ou loi-cadre européenne peut établir des mesures pour encourager et appuyer l'action des États membres dans le domaine de la prévention du crime, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres ».

Malgré les avancées, ce projet ne proposait donc pas véritablement d'instaurer véritablement des règles européennes de responsabilité pénale malgré les exigences pragmatiques en ce sens. C'est donc finalement la Cour de Justice qui a contribué à poser les fondements d'un véritable droit pénal européen.

§ 2 : Les avancées jurisprudentielles

Selon une opinion doctrinale minoritaire, le droit communautaire serait compétent pour définir certaines infractions pénales. Cette analyse constate l'absence de disposition expresse en ce sens, mais se fonde sur l'effet utile du Traité⁸³. Mais, ce point de vue est loin d'être unanime et n'entraîne pas la conviction des juridictions, même si le rôle adopté par la Cour de Justice est moteur en la matière. Toutefois, son œuvre créatrice est encadrée par les Traités.

A. Le principe de coopération loyale

Ainsi, en a t-il été dans l'affaire dite du « maïs grec »84, la Cour a considéré que « lorsqu'une réglementation communautaire ne comporte aucune disposition spécifique prévoyant une sanction en cas de violation ou renvoie sur ce point aux dispositions législatives, réglementaires et administratives nationales, les Etats membres doivent prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire ». Par ailleurs, les Etats membres devaient adopter des sanctions effectives, proportionnelles et dissuasives pour lutter contre les violations du droit communautaire.

Cette décision s'appuie sur l'article 10, alinéa 1er du Traité CE85.

Cette obligation a été ultérieurement consacrée, dans le domaine particulier de la protection des intérêts financiers de la Communauté, par l'article 280 du Traité CE dans sa version issue du Traité d'Amsterdam⁸⁶.

Ce principe de coopération loyale s'impose également aux institutions communautaires. Ainsi, la Commission est obligée d'apporter son concours actif à une poursuite pénale nationale, déclenchée en raison d'une infraction à une réglementation communautaire⁸⁷.

^{83 -} CJCE 21 septembre 1989, aff. 68/1988, Rec. CJCE 1989, p. 2965, Commission c. Grèce.

⁸⁴ - « Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission ».

^{85 - «} La Communauté et les États membres combattent la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté par des mesures prises conformément aux présent article qui sont dissuasives et offrent une protection effective dans les États membres.

Les États membres prennent les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers ».

^{86 -} CJCE 13 juillet 1990, aff. C-2/88, Rec. CJCE 1988, I, p. 3365, Zwartveld.

^{87 -} CJCE 10 juillet 1990, aff. C-326/88, Rec. CJCE 1990, I, p. 2911, Hansen.

Pourtant, l'apport de cette jurisprudence est limité dans la mesure où les États membres n'ont aucune obligation d'incriminer pénalement les infractions au droit communautaire. Ils peuvent choisir de recourir à des sanctions civiles ou administratives, dès lors que ces sanctions sont suffisamment sévères pour être dissuasives et qu'elle sont analogues à celles applicables aux violations du droit national et sont d'une nature et d'une importance similaires⁸⁸.

Plus encore, même s'ils choisissent la voie pénale, les Etats membres restent libres de déterminer les modalités de la responsabilité pénale et d'admettre ou exclure, par exemple, la responsabilité pénale des personnes morales ou celle des employeurs du fait de leurs préposés⁸⁹.

Il en résulte donc des distorsions dans l'application du droit communautaire susceptibles de fausser la concurrence entre les entreprises.

B. L'intégration du droit pénal dans le premier pilier

Plus récemment, la Cour de Justice a considéré le 13 septembre 2005 que la protection pénale de l'environnement relève de la compétence du premier pilier et non du troisième pilier⁹⁰.

La décision-cadre 2003/80/JAI du Conseil du 27 janvier 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal a ainsi été annulée.

Selon la Commission⁹¹, la base juridique correcte pour adopter un instrument normatif en ce domaine était l'article 175 §1 CE. Elle avait d'ailleurs présenté le 15 mars 2001 une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection de l'environnement par le droit pénal.

En effet, les articles 1er et 7 de la décision-cadre ont pour objet principal la protection de l'environnement et auraient pu être valablement adoptés sur le fondement de l'article 175 CE⁹².

Le Conseil qui soutenait la thèse inverse était soutenu par onze Etats.

Toutefois, la Cour reconnaît que si une intégration est possible, sur le fondement du titre VI, encore aurait-il fallu une décision du Conseil en ce sens.

^{88 -} CJCE 2 octobre 1991, Vandevenne et a., aff. 7/90, Rec. CJCE 1991, I, p. 4371.

 $⁸⁹⁻CJCE\ 13\ septembre\ 2005, aff.\ C.\ 176/03, Commission\ c.\ Conseil, JCP\ 2005, II,\ 10168, note\ J.-C.\ Zarka.$

^{90 - § 11.}

^{91 - § 51.}

^{92 -} Article 42.

Cette décision de la Cour de Justice des Communautés européennes permet donc de consacrer progressivement un droit pénal européen en intégrant la matière pénale dans le premier pilier. Mais, cette intégration risque de s'avérer lente et difficile, dans la mesure où une majorité d'Etats membres de l'Union semble réticente à de nouveaux abandons de souveraineté. Par ailleurs, elle suppose, de la part des institutions communautaires, une interprétation hardie des Traités et de la notion d'acquis communautaire. Une telle appréciation permettrait de renforcer le caractère effectif et dissuasif du droit communautaire désormais assorti de sanctions pénales.

Mais que se passerait-il si le Conseil ne parvenait pas à adopter des normes pénales, faute d'un consensus entre les Etats membres ? La seule possibilité juridique serait alors d'agir en manquement contre le Conseil.

Il est donc indispensable que le législateur européen prenne le relais de la Cour afin de consacrer un droit pénal de l'entreprise. En effet, la politique des « *petits pas* » menée depuis le traité de Maastricht en la matière n'a conduit qu'à un accroissement de la complexité de la matière et nuit à son accessibilité par le justiciable.

Il serait plus simple et plus conforme à l'« *esprit des Traités* », d'accorder aux Communautés une compétence pour assortir de sanctions pénales, les textes adoptés. Il est vrai qu'une telle possibilité ne manquerait pas de se heurter à des obstacles politiques à l'heure où l'Union semble quelque peu paralysée.

Ainsi, à l'heure actuelle, les entreprises ont tôt fait d'évaluer le risque pénal encouru dans les différents Etats membres et de prendre en compte ce paramètre avant de décider d'installer des activités ou des succursales dans un autre Etat membre.

De plus, l'absence d'unification nuit gravement à l'efficacité de la répression concernant des agissements commis dans le cadre intracommunautaire et bénéficiant de la libre circulation des capitaux et des services.

Il est urgent d'agir comme l'énonçait le Corpus Juris...il y a déjà dix ans.

VERS UNE APPROCHE CULTURELLE DE L'EURO-MANAGEMENT

Jean-Jacques Pluchart

Professeur à l'Université de Picardie-Jules Verne Responsable des masters de recherche d'économie et de gestion

Les notions « d'entreprise communautaire » puis « d'entreprise européenne » ont connu - à l'instar des idées de « Communauté » puis « d'Union européenne » – de profondes mutations depuis un demi-siècle. Ces notions ont subi l'attraction de divers concepts économiques et managériaux : entreprise nationale ou internationale, locale ou globale, de la zone euro ou du « grand marché », micro-entreprise ou entrepriseréseau... Elles ont été fertilisées par de multiples paradigmes de gestion : de l'avantage compétitif, des coûts de transaction, du gouvernement d'entreprise, de la valeur actionnariale, des ressources et compétences, de la confiance... Définir l'entreprise européenne ou l'euro-management est donc une initiative risquée - il est déjà parfois difficile d'identifier la seule nationalité d'une entreprise! - mais de plus en plus nécessaire, face au foisonnement conceptuel qu'elle suscite. La construction d'une représentation partagée de l'euro-entreprise - restituant fidèlement ses similitudes et ses différences avec les firmes anglo-saxonnes ou asiatiques - ne relève pas de l'académisme, mais répond à la nécessité pour les 17 millions d'entreprises européennes (avant l'élargissement) de disposer d'un référentiel utile à défendre leurs intérêts économiques communs et leurs valeurs socio-culturelles spécifiques, dans les multiples institutions internationales (commerciales, juridiques, sociales, comptables, financières...) qui encadrent leurs activités.

La visée de cet article est double : d'une part, il retrace l'évolution des notions d'entreprise et de management européens depuis le traité de Rome, puis en dégage les spécificités actuelles ; d'autre part, il s'efforce de montrer l'intérêt d'une telle démarche dans la défense des intérêts des entreprises européennes au sein du débat actuel sur la normalisation comptable et financière internationale. La recherche soulève notamment la problématique de la contingence de ces notions, qui ne cessent d'être enrichies (ou diluées) par les nouvelles théories de la gestion d'entreprise. La recherche fait appel à une approche triangulée du processus actuel de normalisation comptable internationale ; elle est basée sur l'analyse de documents officiels et sur les restitutions d'entretiens semi-directifs avec des experts-comptables et des analystes européens.

La communication est organisée en trois parties : l'exposé de l'état de l'art sur les notions d'entreprise européenne et d'euro-management (section I) ; la construction de la problématique, la présentation du terrain et de la méthodologie de la recherche (section II) ; la discussion de ses principaux résultats (section III).

Section I - L'évolution des notions d'entreprise et de management européens

Dans les champs du droit et de l'économie, ces notions ont fait a priori l'objet d'une triple approche, respectivement institutionnelle (\S 1), stratégique (\S 2) et socio-culturelle (\S 3).

§ 1 : L'approche institutionnelle de l'entreprise européenne

Selon le traité de Rome (25 mars 1957), une société communautaire1 est une « société constituée selon le droit d'un Etat membre et ayant son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement à l'intérieur de la Communauté ». Cette définition a été évidemment étendue en 1985 et en 2003 aux sociétés constituées selon un statut européen (Groupement Européen d'Intérêt Economique² et Société Anonyme européenne³). Elle exclut en principe les entreprises individuelles (micro-entreprises non constituées en sociétés), les filiales ou établissements de firmes ayant leurs sièges hors de l'Union européenne (UE), ainsi que les sociétés (notamment holding) dont les sièges sont situés dans l'UE, mais dont l'administration ou le principal établissement est localisé hors de cette dernière (par exemple, dans un « paradis fiscal » ou une zone offshore non-européens). Cette qualification juridique a été reprise dans la plupart des textes officiels des autorités européennes (Conseil, Commission, Parlement, Haute Cour...) et dans les recherches académiques. Elle a sous-tendu les multiples initiatives de la Commission en faveur de l'harmonisation des procédures légales (constitution, modification du capital, retrait, fusion-acquisition, scission...), comptables et financières (contrôle des comptes et des opérations financières), fiscales (dispositions en faveur de la neutralité fiscale) et sociales (instauration en 1996 d'un « comité européen de groupe »...) des sociétés européennes. Sa pertinence a été contestée - notamment sous l'influence de l'Organisation Mondiale du Commerce - à mesure que s'ouvraient les marchés nationaux et se globalisaient les échanges commerciaux. Les filiales de groupes américains ou asiatiques implantées de longue date en Europe ne subissent-elles pas les mêmes contraintes que les filiales des

^{1 - «} Société européenne » à partir du traité de Maastricht de 1992.

^{2 -} Règlement 2137/1985, applicable au 1/7/89.

^{3 -} Directive 125/2003.

groupes européens, par ailleurs implantés aux Etats-Unis ou en Asie ? C'est pourquoi des approches plus stratégiques se sont progressivement substituées aux approches strictement juridiques des entreprises européennes, au cours des années 1980 et 1990.

§ 2 : L'approche stratégique de l'entreprise et du management européens

De Woot (1992) a étendu la définition précédente aux « entreprises contrôlées par des capitaux privés européens (ou par un Etat européen), dont le siège social et le « centre de gravité » sont situés en Europe occidentale ⁴». Cette définition a été largement reprise par les chercheurs en sciences de gestion (Artamer, Calori, 1993...) et a inspiré les initiatives de la Commission en faveur du regroupement des entreprises européennes (Bureau de Rapprochement des Entreprises, *Business Cooperation Network ou BC-Net*, europartenariat, euro-infocentres...). La notion de « centre de gravité européen » a donné lieu à diverses interprétations : principaux actifs industriels, commerciaux et/ou financiers localisés en Europe occidentale, salariés en majorité européens, débouchés orientés principalement vers le marché européen, réseaux de fournisseurs et de sous-traitants localisés en Europe...? Pras & Boutin (1995) définissent ainsi « l'euro-PMI » comme une « PMI exportant et/ou étant implantée dans plusieurs marchés européens ».

Selon Fourçans (1993) et Humbert (1993), les critères les plus cités, au début des années 1990, dans les littératures académiques et managériales, pour qualifier les entreprises européennes sont :

- dans le champ juridico-financier : le contrôle par des capitaux ouesteuropéens, le siège social dans l'UE, la forme juridique européenne (droit national ou communautaire),
- dans le champ politique : des avantages compétitifs basés sur des atouts spécifiquement européens, des stratégies centrées sur le marché européen, un « centre de gravité » situé en Europe, des salariés en majorité européens (Bournois, 1990), la pratique de « l'euro-management »...

§ 3 : L'approche culturelle de l'entreprise et du management européens

Hofstede (1980) puis Mintzberg (1989) observent que les organisations des firmes européennes sont marquées par de plus grandes distances hiérarchiques entre salariés et par des procédures de contrôle de l'incertitude plus formalisées que celles des entreprises anglosaxonnes. Nonaka (1988) soutient que les firmes anglo-saxonnes sont

^{4 -} Pays de l'UE, Suisse et Norvège.

régies, contrairement aux entreprises européennes, suivant un modèle plus actionnarial que partenarial. Porter (1990) montre également que les modèles européens (continentaux) de management diffèrent, malgré leur diversité, du modèle anglo-saxon (Etats Unis, Canada, Royaume-Uni) plus orienté vers la rémunération à court terme de l'actionnaire (dont il dénonce d'ailleurs les effets pervers sur le développement de l'entreprise).

Au cours des années 1990, le débat sur la notion « d'euro-entreprise » s'est ainsi reporté vers celle « d'euro-management ». L'entreprise euro-péenne se distingue de ses concurrentes américaines ou asiatiques par un style de management - qualifié d'euro-management - plus que par des particularités institutionnelles ou des singularités stratégiques. De Woot (1992) puis Bloom (1994) peuvent introduire la notion de « spécificité culturelle » du management européen, qui revêt, selon eux, trois dimensions :

- une capacité (qu'ils qualifient de « post-moderne ») à s'adapter à un grand marché morcelé et à un cadre institutionnel complexe, en développant notamment des réseaux d'entreprises⁵,
- un capitalisme responsable, s'efforçant de créer à la fois de la valeur actionnariale (*shareholder value*) et de la valeur partenariale (*stakeholder value*).
- un sens du leadership, qui repose sur une vision de l'avenir de l'entreprise et sur l'art de communiquer.

En dépit de ces convergences, le modèle culturel de l'euro-management reste fondamentalement hétérogène (Simonet, 1992 ; Fourçans, 1993 ; Tordjmann, 1994) :

- il est encastré dans des cultures nationales plus ou moins conceptualisées ou empiriques, ethno ou techno-centrées, fermées ou ouvertes à l'international,
- il est imprégné de cultures sociales plus ou moins idéologiques ou pragmatiques,
- il est influencé par un sens plus ou moins marqué du service public et de l'intérêt général...

Ce modèle recouvre notamment plusieurs formes de capitalismes (actionnarial, managérial, familial), de modèles de gouvernance (fermé, ouvert), de types d'organisation (centralisée, décentralisée), de styles d'exercice du pouvoir (bureaucratique, adhocratique...), de modes de gestion du temps (mono ou poly-chronique)...

Deux axes viendraient, selon Crespy (1990) et Bangeman (1992), scinder la carte des valeurs de l'euro-management :

- une frontière entre nord et sud opposerait un management nordique,

^{5 -} Cette caractéristique des firmes européennes étaient déjà soulignée par Porter M., The competitive Advantage of Nations, Mc Milan Inc, 1990, p. 12-13.

plus ou moins aligné sur le modèle anglo-saxon, et un management latin, largement influencé par les expériences française et italienne, - une ligne est-ouest distinguerait un « modèle rhénan » partenarial et managérial (Albert, 1991) et un « capitalisme anglo-saxon » actionnarial (Copeland, 1990),

L'élargissement de l'UE à douze nouveaux Etats membres, dont certains appliquent encore des méthodes de gestion héritées de l'ex Union soviétique, devrait contribuer à encore plus diluer la notion d'euromanagement.

Ainsi, il apparaît que la problématique soulevée par la notion d'euroentreprise a progressivement migré vers celle d'euro-management, dans ses dimensions juridique, stratégique puis culturelle. Cette dernière repose sur un syncrétisme original de valeurs héritées principalement des modèles latins et germaniques de management, que cette recherche s'efforce d'analyser.

Section II - La problématique, le terrain d'observation et la méthodologie de la recherche

La revue précédente montre la difficulté rencontrée depuis un demi siècle dans la définition de l'euro-management. Elle soulève la problématique des spécificités actuelles - notamment culturelles - du management des firmes européennes (§ 1). L'éclairage de cette problématique ancienne implique l'observation d'un terrain complexe, concret et actif (§ 2) et le choix d'un mode adapté d'accès à ce terrain (§ 3).

§ 1 : Une problématique centrée sur les fondamentaux de l'euro-management

Le brouillage de la carte culturelle de l'euro-management ne permet pas aux régulateurs, aux entrepreneurs et aux managers européens d'opposer des doctrines cohérentes aux modèles anglo-saxons. Cette observation semble particulièrement vérifiée dans le cadre des débats sur l'adoption des nouvelles normes internationales IAS/IFRS⁶, dont l'enjeu pour le fonctionnement des firmes et des marchés européens est pourtant capital. Bien qu'elles soient de nature à changer profondément la culture managériale européenne, la Commission de l'UE semble en effet résolue à valider les normes IAS/IFRS applicables dès 2005 par les sociétés cotées consolidantes⁷, en ne les amendant que sur les points (notamment les normes 32 et 39) les plus contestés par les fédé-

 $^{\ \, 6\}hbox{-International Accounting Standards}\,/\,\, International\,\, Financial\,\, Reporting\,\, Standards.$

^{7 -} Soit 970 sociétés françaises cotées et environ 3000 sociétés consolidées.

rations industrielles et surtout bancaires européennes. La recherche s'efforce d'identifier, au travers des prises de position des experts européens face à leurs homologues anglo-saxons, certains « fondamentaux » stratégiques et culturels de l'euro-management.

§ 2 : Le terrain de la recherche : la normalisation comptable internationale

L'IASC (International Accounting Standards Committee) est une organisation de droit privé américain, fondée en 1973 par le petit fils du fondateur du cabinet d'audit Price Waterhouse Coopers; ses principaux contributeurs sont les grands cabinets d'audit internationaux contrôlés par des intérêts anglo-saxons (big four); elle est chargée de définir une doctrine comptable internationale (normes IAS). En 2001, l'IASC est devenue l'IASB (International Accounting Standards Board) et les normes IAS ont été renommées IFRS (International Financial Reporting Standards). Après les chutes d'Enron, d'Arthur Andersen et de Worldcom à la fin de 2001, provoquées notamment par des comportements comptables opportunistes, l'IASB et le FASB (Financial Accounting Standards Board) sont convenus de rechercher une convergence entre les normes IFRS et les normes américaines (US GAAP). Le 12 mars 2002, le Parlement européen a adopté une directive selon laquelle la plupart des normes IFRS devraient être obligatoirement appliquées dès l'exercice 2005 par les sociétés européennes faisant appel à l'épargne, devraient l'être à la même date, mais à titre optionnel, par les sociétés consolidantes non cotées, puis, à une date à définir et sous une forme simplifiée, par les autres sociétés.

Selon une enquête de la DFCG⁸ (2003), treize normes soulèveraient cependant de profonds différends entre les normalisateurs anglosaxons de l'IASB et les normalisateurs européens :

- quatre portent sur l'information financière (IAS 1, 7, 12, 14),
- trois sur l'évaluation suivie des immobilisations (IAS 16, 36, 38),
- une sur les regroupements d'entreprise (IAS 22),
- cinq sur divers points opérationnels : contrats de location (IAS 17), avantages au personnel (19), instruments financiers (32, 39), actifs et passifs éventuels (37).

L'analyse des argumentaires des experts français face à leurs homologues anglo-saxons dans le cadre de ces litiges, permet, en première analyse, de dégager certains traits fondamentaux de la culture managériale européenne (continentale) : un sens plus aigu de la responsabilité sociale (ou sociétale) - issu de l'héritage social européen - et une

^{8 -} Association nationale des directeurs financiers et de contrôle de gestion.

approche plus contingente des problématiques de gestion - due à l'hétérogénéité de l'espace européen.

§ 3 : La méthodologie de la recherche : une approche triangulée du terrain

La recherche a comporté trois étapes selon une approche itérative de « triangulation indéfinie » (Becker, 1970) :

- une première vague d'entretiens (engagée en septembre 2003) avec 12 experts membres de la Société Française des Evaluateurs et l'Association Française des Analystes Financiers, a permis d'identifier les trois principaux thèmes généraux opposant les normalisateurs anglo-saxons à leurs collègues européens⁹;
- une seconde vague d'entretiens avec le même panel, a contribué à identifier les principales différences (limitées volontairement à 7 par thème) entre les positions des régulateurs européens et anglo-saxons sur chacun de ces thèmes, puis à en dégager les fondamentaux culturels et éthiques, suivant une analyse de contenu théorisante;
- une troisième vague a soumis aux mêmes enquêtés des propositions de typologies des systèmes de valeurs euro-managériaux.

Les grilles d'entretien ont été construites à partir de revues de littératures sur les notions d'euro-entreprise et d'euro-management, puis sur la normalisation comptable internationale. Les analyses des restitutions des entretiens ont relevé en particulier les fréquences de citation de mots-clés, symboles, métaphores... caractérisant les types de représentations des valeurs fondatrices de l'euro-management. La méthodologie mise en œuvre comporte des limites dues à l'étroitesse de l'échantillon (auto-sélectif) d'experts français interrogés et au type de collecte de données par des entretiens semi-directifs sensibles à divers biais de traduction (holisme, sur-assimilation, élitisme...).

Section III - Les résultats de la recherche : des propositions européennes fondées sur les valeurs fondamentales de l'euro-management

Dans le débat sur la normalisation comptable et l'information financière, les objets de litige entre les régulateurs anglo-saxons et leurs homologues européens ont, selon le panel interrogé d'auditeurs et d'analystes, principalement porté sur les notions de « juste valeur » ou fair value (§ 1), sur le principe de « l'image fidèle » (§ 2) et sur la procédure d'institutionnalisation (due process) des nouvelles normes (§ 3).

^{9 -} Sur une liste des 12 thèmes les plus cités par la presse économique et financière depuis janvier 2002 : immobilisations corporelles, immobilisations incorporelles, immobilisations financières, amortissement des survaleurs, location, engagements hors bilan, regroupement d'entreprises, juste valeur, image fidèle, avantages au personnel, procédure d'application.

§ 1 : La notion de « juste valeur »

La « juste valeur » (full fair value ou fair value) est définie par l'IASB comme « le montant auquel un actif peut s'échanger ou un passif être remboursé entre des parties informées et consentantes, lors d'une transaction effectuée dans des conditions normales de concurrence » (DFCG, 2004). Cette notion régit notamment les nouvelles normes IAS 32 et 39 fixant les règles de valorisation des instruments financiers (contestées par les régulateurs européens), mais également la norme 22 redéfinissant les principes de consolidation comptable, les normes 36 et 37 relatives à la dépréciation des actifs immobilisés corporels et incorporels, et la norme 19 sur l'évaluation de certains avantages accordés aux salariés (notamment les options d'achat d'actions).

Selon les experts interrogés, la notion de fair value s'oppose à certains fondamentaux de l'euro-management pour les raisons suivantes (classées par ordre décroissant de fréquence des citations) :

- [1] elle est contraire au principe du « coût historique » (charge réellement supportée par l'entreprise), qui fonde les IV^e et VII^e directives et la plupart des plans comptables des Etats membres de l'UE; en cas d'application de la fair value, la notion ancienne de « coût historique » deviendrait « du bois mort », selon la formule d'un expert interrogé; [2] elle repose sur la notion de « valeur de marché » par nature instable et risque d'accentuer le dérèglement des marchés¹º, du fait de la volatilité des patrimoines (sensibles aux prévisions de résultats), mais aussi des résultats (sensibles aux anticipations des valeurs de patrimoine) des entreprises ; [3] elle recouvre la notion de valeur actionnariale (shareholder value), néglige la valeur partenariale (stakeholder value) et renforce donc la « financiarisation de l'économie » (sic) ;
- [4] elle encourage les décisions d'investissement à court terme qualifiées par un expert de « court-termisme » contraires au soutien de l'emploi et au développement durable ;
- [5] elle est difficilement applicable, puisqu'elle repose sur deux « conditions irréalisables » (sic) : une symétrie d'information entre acteurs économiques et une absence d'entraves aux échanges ;
- [6] elle rend « subjective » (sic) l'évaluation des patrimoines et des performances des entreprises : en l'absence de marché organisé des éléments d'actif et de passif à évaluer, elle implique le recours à des méthodes évolutives et complexes d'évaluation, basées notamment sur la projection aléatoire de flux de trésorerie actualisés (à un taux normatif)¹¹;

^{10 -} Cette référence est notamment contestée par les experts des banques et des compagnies d'assurances.

^{11 -} La norme IAS 36 sur la dépréciation d'actifs modifie le calcul des écarts d'acquisition ou survaleurs (goodwill), qui représentent 49% du montant des capitaux propres des sociétés du CAC 40 : avec la suppression de leur amortissement comptable, la dépréciation des goodwills est rendue obligatoire ; elle implique la définition d'un modèle spécifique d'évaluation d'actif (Husson, Véron, 2003).

[7] elle implique la maîtrise de notions parfois controversées : valeur d'usage, valeur résiduelle, valeur latente, valeur de rendement, taux d'actualisation...¹², et « favorise donc la « comptabilité créative » (sic).

Les jugements critiques des experts européens sur la fair value traduisent une volonté de normalisation comptable - et plus largement, de changement organisationnel - fondée sur une éthique de la responsabilité sociale, consciente des limites et des dangers d'un management par : - une valeur créée seulement pour l'actionnaire, parfois au détriment des autres acteurs de la vie économique et sociale,

- une valeur marchande soumise aux risques systémiques des mécanismes de marché.

§ 2 : La notion « d'image sincère et fidèle »

Le principe selon lequel les comptes doivent refléter une « image sincère et fidèle » de la réalité du patrimoine et des performances de l'entreprise, constitue un autre point de litige entre les normalisateurs anglo-saxons et européens, et indirectement, un autre révélateur des valeurs fondamentales de l'euro-management. Les régulateurs européens (continentaux), comme leurs collègues anglo-saxons, expriment leur volonté de transparence de l'information comptable et financière, en demandant notamment la réintégration à l'actif et/ou au passif des engagements hors bilan, la consolidation des comptes des entités ad hoc (special purpose vehicles) contrôlées de fait par les entreprises, et la normalisation des informations sur les performances des firmes (chiffres d'affaires, capacités d'autofinancement, résultat opérationnel...).

Selon les experts interrogés, la notion d'image fidèle prônée par les normalisateurs anglo-saxons diffère néanmoins assez profondément des fondamentaux de l'euro-management pour les raisons suivantes (classées par ordre décroissant de fréquence des citations) : pour les normalisateurs européens,

- [1] la notion d'image fidèle des comptes n'a pas qu'une utilité économique (contribuer à l'efficience des marchés¹³) et une dimension pratique (asseoir par exemple le calcul de l'impôt), mais a également une fonction sociologique (entretenir la confiance des acteurs économiques);
- [2] sa fonction éthique et culturelle (affirmer notamment le principe d'intégrité) doit être développée ;
- [3] elle ne doit donc pas être fondée sur un corps de règles formelles, mais résulter d'un ensemble coordonné de pratiques ou d'une « chaîne

^{12 -} Cette critique est longuement analysée dans Lopater & Frotiée (2003).

^{13 -} Plusieurs recherches empiriques (Ball & Brown, 1967) montrent que les marchés de capitaux sont relativement inefficients aux informations comptables et financières.

de preuves » (sic) allant de l'enregistrement des écritures jusqu'à la présentation des comptes ;

- [4] elle ne doit reposer sur des règles contingentes (détaillées par types d'entreprises, par secteurs d'activité, par zones géographiques...) difficilement applicables, mais sur quelques principes universels aisément compréhensibles¹⁴;
- [5] elle doit contribuer à limiter la « judiciarisation comptable » et le « lobbying comptable » (sic) ;
- [6] elle doit susciter le moins possible de difficultés d'établissement et d'interprétation des comptes des entreprises, ainsi que de détection des risques juridiques, comptables et financiers encourus par les divers acteurs économiques impliqués : or, les « valeurs prédictives » (sic) du patrimoine de l'entreprise nécessitent l'identification et la mesure de ses avantages compétitifs futurs et de ses différentes unités génératrices de trésorerie ; selon un expert consulté, « l'organisation de l'entreprise ne doit pas être dans ses comptes, sinon c'est la fin du principe de permanence des méthodes comptables » ;
- [7] elle ne doit pas entraîner de confusion de responsabilités entre dirigeants, comptables, auditeurs et analystes : dans la conception ancienne de l'image fidèle, le dirigeant et le comptable devaient appliquer les règles comptables, les auditeurs devaient veiller à leur respect et les analystes devaient les interpréter ; dans la nouvelle approche de l'image fidèle, les comptes devraient traduire une représentation (partagée par ces quatre types d'acteurs) de la « vision stratégique » (sic) de l'entreprise.

Les positions des normalisateurs européens reposent, selon les experts interrogés, sur une approche axiologique (fondée sur des valeurs universelles) plus que téléologiques (répondant à des finalités contingentes) du processus de changement de l'entreprise.

§ 3 : L'institutionnalisation des nouvelles normes

Les litiges entre l'IASB et les autorités européennes sur la procédure de normalisation sont, dans une certaine mesure, également révélateurs des différences culturelles qui opposent les managers anglosaxons aux managers européens. Afin d'être associée à la procédure de normalisation internationale, la Commission européenne a confié à un Comité de régulation Comptable (ARC) la mission d'orienter l'élaboration des IAS/IFRS dans le sens des intérêts et des valeurs de l'UE¹⁵. En dépit des recommandations de plusieurs experts reconnus (Boissieu,

^{14 -} Les normes américaines (US Generally Accepted Acounting Principles) ont fait l'objet de vives critiques dans le cadre des faillites d'Enron et d'A.Andersen, la complexité des standards américains étant jugée favorable à la comptabilité créative (Bresson, 2003).

^{15 -} Les représentants de l'UE ne disposent que de 4 voix sur 14 au Comité de l'IASB (dont les décisions sont prises à la majorité de 8 voix).

2003; Moussy, 2003...), face aux impératifs de calendrier, la Commission a renoncé à définir un corps de doctrines comptables spécifiquement européen. Toutefois, afin d'appliquer les nouvelles normes, la Commission a préféré une directive à un règlement, afin de permettre à chaque Etat membre d'adapter son calendrier d'application et son plan comptable à ses propres contraintes, d'ordre à la fois juridique, fiscal et social. Ce gradualisme répond aux attentes des Etats, dont les modes de calcul des impôts et taxes devront être adaptés, mais aussi des entreprises, dont les systèmes, les pratiques et les cultures devront être réformés, ainsi que des établissements financiers, dont les méthodes d'évaluation des risques devront être révisées.

Selon les experts interrogés, la procédure de normalisation comptable anglo-saxonne est contraire aux fondamentaux de l'euro-management pour les raisons suivantes (classées par ordre décroissant de fréquence des citations) : pour les normalisateurs européens,

- [1] la procédure de normalisation internationale doit impliquer plus activement les régulateurs européens ;
- [2] les nouvelles normes ne doivent pas être redéfinies pour combler les seules « lacunes des normes (US GAAP) américaines », révélées à la fin de l'année 2001 ;
- [3] leur mise en application doit être institutionnalisée par un processus démocratique impliquant un débat et un vote au parlement de directives européennes et de lois nationales;
- [4] ces normes doivent être adaptées dans le respect des principes édictés par l'IASB aux spécificités juridiques, fiscales et sociales des différents Etats membres de l'UE;
- [5] elles doivent être adoptées progressivement, afin de tenir compte de contraintes d'adaptation des systèmes, des procédures et des cultures des entreprises, de leurs auditeurs, de leurs établissements financiers et des administrations concernées ;
- [6] elles doivent intégrer les impératifs de développement durable ;
- [7] elles doivent être révisées lorsqu'elles favorisent « l'asymétrie d'information financière » et la « judiciarisation comptable ».

Les réactions des experts européens laissent apparaître une volonté d'encastrement du processus de normalisation comptable dans l'environnement technologique et économique dynamique des entreprises et dans l'environnement institutionnel complexe de l'UE.

^{16 -} Ainsi, la nouvelle comptabilisation en charges de certains éléments de rétribution des salariés (intéressement, participation, options d'achat d'action, distribution d'actions, avantages divers) soulève des problèmes d'adaptation des divers droits civils, sociaux, comptables et fiscaux des Etats membres.

Conclusion et discussion : vers une approche éthique de l'euro-management

La mise en lumière de certaines valeurs socio-culturelles défendues par les normalisateurs comptables européens montre que la notion d'euro-management repose, comme l'observait notamment de Woot (1992), sur des représentations héritées de la culture philosophique du Vieux continent, adaptées aux réalités économiques et sociales contemporaines.

Quelque soit leurs univers de référence, les normalisateurs s'accordent à reconnaître que l'entreprise est un lieu privilégié d'expression de la légitimité des valeurs politiques et culturelles de la société. Elle est régie par une logique d'efficience orientée vers la satisfaction des consommateurs, des salariés et surtout des actionnaires. Cette logique utilitariste s'impose notamment face aux déficiences de la logique doctrinale de l'Etat et aux dérives de la logique procédurière de la Justice (Pesqueux, & Biefnot, 2002). Cette logique induit toutefois, selon l'approche anglo-saxonne de la business ethics (Stark, 1993) - largement traduite dans la doctrine de l'IASB - des pratiques conséquentialistes ou téléologiques (la qualité d'une norme est jugée sur ses effets), relativistes (la norme doit s'adapter aux contraintes du métier et/ou du marché) et formalistes (la règle est préférée au principe). Les normalisateurs européens - à l'instar de Rawls (1971) et de Morin (1987) - contestent la pertinence de ces approches, soutenant que la formalisation de règles détaillées et figées est contre-productive, et que seuls quelques principes universels doivent régir la normalisation. L'approche européenne semble donc plus philosophique (elle respecte plus l'esprit que la lettre de la loi), axiologique (elle adhère à des valeurs de responsabilité), contractuelle (elle passe un contrat social avec la nation et ses stakeholders) et sociétale (elle anticipe certains effets systémiques).

L'analyse des positions européennes sur les thèmes litigieux de la normalisation comptable internationale met en lumière les fondamentaux suivants de l'euro-management :

Les fondamentaux culturels de l'euro-management perçus dans les critiques européennes de la normalisation IAS/IFRS*

Fondamentaux culturels Approches des IFRS	Approche responsable du changement	Approche axiologique du changement	Approche encastrée du changement
Juste valeur	valeur marchande instable 3.valeur actionnariale réductrice 4. effet court termiste	1. valeur contraire aux coûts historiques 5. application difficile 6. application subjective 7. application favorable à la comptabilité créative et à la judiciarisation	
Image fidèle (nouvelle notion)	7. notion dilutive	dimensions sociologique (1) et éthique (2) insuffisantes notion fondée sur des et des principes universels (4) 5. notion favorable à la judiciarisation comptable 6. interprétation souvent difficile	
Processus d'application	normalisateurs européens insuffisamment impliqués normes américaines dominantes	Processus insuffisamment	3. démocratique 4. adaptatif 5. progressif 6. soucieux du développement durable 7. flexible

^{*} les numéros portés dans les cellules correspondent aux numéros d'ordre des arguments avancés par les experts dans les restitutions des entretiens.

Au travers de cette enquête sur les perceptions des normes comptables internationales par les experts français, l'euro-management semble donc se distinguer des autres types de management par une éthique fondée sur les sens de la responsabilité (la seule référence au marché déresponsabilise les managers vis à vis de la société), de la solidarité (la seule référence à la valeur pour l'actionnaire est contraire à une certaine justice sociale), de la confiance (la seule référence à une logique utilitariste contribue à ruiner la confiance du corps social) et de la contingence (le changement organisationnel doit s'adapter à l'environnement institutionnel complexe de l'UE).

Références bibliographiques

Albert M., capitalisme contre capitalisme, Seuil, 1991.

Atamer T., Calori R., Enquête : les défis des années 1990 pour les entreprises et les managers européens, Revue française de gestion, jan-fev. 1993, p. 26-39.

Ball R. &Brown P., An Empirical Evaluation of Accounting Numbers, Journal of Accounting Research, n°6, 1968, p. 159-178.

Bangeman M., Les clés de la politique industrielle en Europe, éd. d'Organisation, 1992.

Becker H.S., Sociological work: Method and Substance, Transaction Books, 1970.

Berger R. & alii, Bâtir le management européen, éd. d'Organisation, 1990.

Bloom H., Calori R. & de Woot P., Euro-management: a new style for the global market, éd. Kogan Page, 1994. Boissieu C. de, Les normes comptables et le monde post-Enron, rapport du Conseil d'analyse économique. JO juillet 2003.

Bournois F., Pratiques de gestion des ressources humaines en Europe : données comparées, Revue française de gestion, mars-mai 1990, p. 68-83.

Bresson J.M., Un pas supplémentaire vers le référentiel commun, Echanges n°195, 2003, p. 32.

CNPF collectif, Les dispositions du Traité de Maastricht et leurs conséquences pour les entreprises, éd. CNPF 1992.

Commission UE, Portrait social de l'Europe, rapport de la Commission, JOCE, 1991.

Commission UE, Enterprises in Europe, rapport de la Commission, JOCE, 1992.

Commission UE, Panorama of EC Industry, rapport de la Commission, JOCE, 1996.

Commission UE, Impact et efficacité du marché unique, rapport de la Commission, JOCE, 1997.

Copeland T. & alii, Valuation Measuring and Managing the Value of Companies, J.Wiley Inc, 2000.

Crespy G., Marché unique, marché multiple, Economica, 1990.

DFCG collectif, Normes IAS/IFRS, éd. d'Organisation, février 2004.

DFCG collectif, Mise en oeuvre opérationnelle des IFRS: où en sommes nous?, Echanges n°200, 2003, p. 26.

Fourçans A., L'entreprise et l'Europe, clés pour le décideur, Inter-Editions, 1993.

Hentzler H., Europreneurs, Dunod, 1994.

Hoarau C., Place et rôle de la normalisation comptable en Françe, Revue française de gestion n°147, 2003, p. 47.

Hofstede G., Culture Consequences. International Differences in Work Related Values, Sage, 1980.

Humbert M. & col., L'Europe face aux mutations mondiales, Economica, 1993.

Husson B. & Véron N., Passage aux normes IAS/IFRS : le défi des goodwills, Echanges n°203, 2003.

Joffre P., Koenig G. & col., L'euro-entreprise, Economica, 1988.

Lopater C., Frotiée P., Avec les normes IFRS, la communication financière sera dans les comptes, Echanges n° 2002, 2003, p. 98-99.

Mintzberg H., Mintzberg, On Management: Inside Our Strange World Of Organizations, Free Press, 1989. Morin E., Penser l'Europe, Gallimard, 1987.

Moussy J.P., Des autorités de régulation financière et de concurrence : pourquoi ? comment ?, rapport du Comité économique et social, JO, janvier 2003.

Nicolas F., Des normes communes pour les entreprises, OFCE, 1994.

Nonaka I., Toward Middle Up-Down Management, Sloan Management Review 29, 3, 1988.

Pesqueux Y. & Biefnot Y., L'éthique des affaires, éd. d'Organisation, 2002.

Porter M., The Competitive Advantage of Nations, Mc Milan Inc, 1990.

Pras B., Boutin A. & col., Les euro-PMI, Economica, 1995.

Simonet J., Pratiques du management en Europe, éd d'Organisation, 1992.

Sachwald F. & col., Les entreprises japonaises en Europe, Masson, 1993.

Stark A., What's the Matter with Business Ethics?, HBR, may-june 1993.

Tordjmann A., Perspectives du commerce en Europe, L'Expansion-management review, 1994.

Janvier 2006.

SYNTHESE

Robert Kovar

Professeur émérite Ancien Président de l'Université Robert Schumann

L'entreprise et le droit communautaire. Quel bilan pour un cinquantenaire? Tel est le questionnement qui justifie l'initiative prise par le CEPRISCA dans le cadre de l'Université de Picardie Jules Verne d'organiser cette rencontre qui s'achève au terme d'une journée riche en rapports de qualité. Aussi, celui à qui il incombe de présenter un rapport de synthèse ne peut qu'être conscient de la difficulté de la tâche qui lui a été confiée. Cette difficulté tient d'abord à ce qu'il est appelé à intervenir après une série de rapports enrichissants. La diversité des sujets examinés rend compte de l'ampleur de l'emprise du droit communautaire sur le droit des entreprises. Elle interdit d'espérer pouvoir restituer la somme des informations et des réflexions livrées par ces rapports. Aussi semble t-il plus raisonnable de prendre le parti d'envisager, d'une manière nécessairement sommaire, les grands thèmes transversaux qui parcourent chacun des rapports qu'il nous a été donné d'entendre. Cette démarche peut d'ailleurs se réclamer de l'orientation choisie par ceux qui avaient à concevoir cette journée puisqu'ils proposaient d'examiner dans un premier temps les domaines où le droit communautaire a su faire valoir sa « prévalence » dans la construction du droit des entreprises alors que dans un second temps il s'agissait d'évaluer les résistances dont ont pu faire preuve les droits nationaux à l'égard de ce projet.

Cette présentation invitait nécessairement à considérer que ce bilan était contrasté. On ne saurait d'ailleurs le contester. Il est indéniable que les résultats enregistrés sont substantiels au regard de l'ampleur de l'entreprise. Pour autant, d'aucuns estimeront qu'ils sont insuffisants, alors que d'autres pourront avoir tendance à estimer que, dans certains domaines, l'emprise du droit communautaire a été excessive. Ce jugement contrasté se laisse entrevoir dans les exposés intervenus aujourd'hui.

Il me semble que pour pouvoir apprécier avec équité ce bilan, il est nécessaire de commencer par un rappel des objectifs que le droit communautaire devait chercher à atteindre pour s'intéresser ensuite aux résultats dont il peut se prévaloir.

Section I - Des objectifs exigeants

L'élaboration d'un droit communautaire de l'entreprise, ou peutêtre faudrait-il dire la communautarisation du droit de l'entreprise, était confrontée en premier à l'exigence d'un dépassement de la territorialité étatique. Aux territoires nationaux de chacun des Etats membres, sources d'inévitables cloisonnements, devait être substitué, ou du moins superposé, un territoire unique « supranational ». Ce territoire devait correspondre à un marché intérieur caractérisé par l'abolition entre les Etats membres des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes physiques et morales, des services et des capitaux¹.

§ 1: La constitution d'un territoire communautaire

La réalisation de ce marché intérieur supposait l'élimination de toutes les entraves d'origines étatiques à la liberté des mouvements des produits mais aussi des opérateurs économiques. Si l'exécution d'un tel projet s'avérait déjà difficile pour ce qui est des obstacles à la libre circulation des marchandises, à savoir les droits de douane et les taxes d'effet équivalent, les restrictions quantitatives et les mesures d'effet équivalent, les impositions intérieures sur les marchandises, la difficulté était autrement plus grande pour les autres libertés fondamentales du Traité CE. Pour une bonne part, la Cour de justice a pu atteindre ces objectifs en consacrant l'effet direct des interdictions consacrées par les articles du Traité. L'harmonisation les droits nationaux avait certes son utilité, en contribuant à faciliter la tâche de la Communauté, mais, la plupart du temps, elle n'était pas absolument indispensable². D'ailleurs, la Cour s'était attachée à suppléer au défaut d'une harmonisation législative en recourant au principe d'équivalence et de reconnaissance mutuelle qui devait trouver à s'appliquer tout particulièrement aux mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives³.

Si, la Cour de justice s'est efforcée à transposer à la liberté d'établissement et de prestation des services les méthodes qu'elle avait utilisées dans le domaine de la liberté des échanges de marchandises⁴, les obstacles qu'il lui fallait alors surmonter ne pouvaient être réduits sans une coordination des droits nationaux, tout particulièrement dans le cas des personnes morales.

La mobilité des personnes morales dans le territoire communautaire ne pouvait manquée être considérablement réduite par des droits nationaux qui, au moins en ce qui concerne les Etats continentaux et donc d'abord les Etats fondateurs, portaient, à des degrés divers, la marque d'une fixation historique dans un cadre territorial étatique. La prééminence accordée par ces droits au critère du siège social réel des socié-

^{1 -} Traité instituant la Communauté européenne, article 3, alinéa 1, lettre c.

^{2 -} V. en ce sens, Cyril Nourissat, Droit communautaire des affaires, Dalloz, HyperCours, 2003, n°156.

^{3 -} CJCE 20 février 1979, Rewe Zentrale, « Cassis de Dijon », affaire 120/78, Recueil p. 649.

⁴⁻Pour l'effet direct de l'article 52 du Traité CE, devenu l'article 43 relatif à l'établissement, v. CJCE 21 juin 1974, Jean Reyners contre Etat belge, affaire 2/74, Recueil p. 361 ; pour l'effet direct de l'article 59 devenu l'article 49 relatif aux services, v. CJCE 3 décembre 1974, affaire 33/74, Van Binsbergen, Recueil p. 1299. Pour le principe d'équivalence et de reconnaissance mutuelle, v. CJCE 28 avril 1977, Thieffry, affaire 71/76, Recueil p. 765.

tés rendait à peu près impossible l'exercice plein et entier du droit d'établissement. Ce critère s'accorde évidemment mal avec le besoin de mobilité des entreprises que postule la création d'un marché unique qui devrait pouvoir fonctionner à l'instar, ou presque, d'un marché étatique. Il n'en est évidemment pas de même des systèmes juridiques qui ont fait le choix du critère de la localisation du siège statutaire des sociétés, autrement dit du critère de l'incorporation. Le Traité CEE n'a pas voulu choisir entre ces deux approches⁵. Or, avant même l'accession du Royaume-Uni à la Communauté, les Pays-Bas ont modifié en 1959 leur législation, abandonnant le critère du siège social réel pour adopter le critère du siège statutaire⁶.

Le territoire communautaire doit se constituer par l'agrégation des territoires des Etats membres et se caractérise aussi par la juxtaposition de systèmes juridiques conçus et développés historiquement dans une perspective nationale pouvant même faire preuve de suspicion, voire d'hostilité à l'égard des droits étrangers et de ceux qui en relèvent. En général leur aptitude à s'ouvrir sur l'extérieur, à accueillir l'extranéité est souvent réduite. D'ailleurs les règles communautaires relatives au droit d'établissement reposent sur un principe d'égalité de traitement, autrement dit de non-discrimination qui ne remettent pas en cause le principe de l'application de la loi territoriale, c'est-à-dire de l'Etat du lieu de l'établissement. Il est satisfait aux exigences du Traité dès lors que les entreprises ressortissant d'autres Etats membres sont assimilées aux entreprises nationales pour ce qui est de l'application des règles locales. On conviendra qu'il s'agit la d'une conception réduite de la mobilité des entreprises dans l'espace communautaire.

L'homogénéisation des règles commerciales nationales n'intervient qu'en second lieu. Les termes de l'article 94 du Traité CE mettent en évidence la finalité du rapprochement des législations qui doit intervenir à l'égard des règles qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun. De son côté, l'article 95 de ce même Traité se réfère au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont pour objet l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur. Il s'est rapidement avéré que les objectifs de la mobilité des entreprises ne pouvaient être satisfaits par la seule application du principe du traitement national. La disparité des législations étatiques constituait une entrave

^{5 -} V. article 58 du Traité, aujourd'hui article 48 qui reconnaît le droit d'établissement aux « sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté [...] ».

^{6 -} La réaction du Conseil de ministres de la Communauté a été significative. Elle a consisté à introduire dans le cadre du programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement arrêté le 18 décembre 1961 une condition particulière subordonnant la reconnaissance du droit d'établissement aux sociétés qui ne peuvent justifier que de la présence dans la Communauté que de leur siège statutaire, leur administration centrale ou son principal établissement étant situé dans un Etat tiers, à la preuve d'« un lien effectif et continu avec l'économie d'un Etat membre ».

au plein exercice de la liberté d'établissement. L'harmonisation du droit des sociétés s'imposait comme une nécessité incontournable Dans le cas des personnes physiques, la Cour de justice des Communautés européennes avait cherché à pallier les défaillances de l'action législative en développant une sorte d'harmonisation jurisprudentielle en utilisant les principes d'équivalence et de reconnaissance mutuelle. Pour être méritoire, cette initiative ne pouvait cependant se substituer à une véritable œuvre de rapprochement des législations, spécialement s'agissant des personnes morales. Pour que les entreprises communautaires puissent déployer leurs activités dans la totalité de l'espace que leur offre la constitution du marché unique, il était donc indispensable de réaliser une coordination des droits des sociétés. L'article 54, 3, g du Traité instituant le CEE devenu l'article 44 assigne à la coordination des législations des sociétés un objectif qui, par sa précision au moins apparente, peut paraître assez limité : rendre équivalente les garanties que ces législations offrent aux associés et aux tiers. Cette première impression doit être corrigée. La construction d'un marché unique, comme le dit expressément l'Acte unique européen, entraînant une interpénétration des marchés nationaux n'irait pas sans inconvénients si la structure et le fonctionnement des sociétés, qui sont les principaux opérateurs économiques, étaient régis dans tous les domaines susceptibles d'affecter le droit des sociétés et des tiers par des dispositions par trop différentes. La coordination prévue par l'article 44, 3, g ne doit pas être comprise comme concernant les seules garanties au sens étroit du terme, mais toutes les règles qui sont destinées à protéger les droits et les intérêts des associés et des tiers, c'est-à-dire essentiellement leurs cocontractants. La coordination du droit des sociétés est également rendue nécessaire dans la mesure où de très importantes différences de structure et de fonctionnement entre les sociétés des divers Etats membres constitueraient des obstacles de fait sinon de droit à leur pénétration et à leur activité dans l'ensemble du marché unique, en particulier elles pourraient être gênées dans leur accès au crédit et au marché des capitaux à l'échelle de la Communauté. En fin de compte, c'est la réalisation effective et sécurisée de la liberté d'établissement et de prestation de services qui est la finalité de la coordination des droits des sociétés. Dans certains cas l'absence ou l'incertitude de ce lien a pu faire obstacle à l'action de coordination. Coordonner des législations n'exige pas de les unifier entièrement. L'objectif de la coordination peut être atteint sans que les législations doivent devenir identiques.

§ 2 : La constitution d'un marché concurrentiel

Ce territoire supra étatique est le support d'un marché intérieur qui doit se réguler conformément au principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre⁷. Loin d'être livrée à elle-même, de bénéficier en quelque sorte d'un blanc-seing, la concurrence est elle-même régulée.

C'est dans ce contexte que les entreprises doivent se situer. Le droit communautaire de la concurrence s'attache à appréhender les ententes⁸, les abus de position dominante⁹ et les opérations de concentration¹⁰. Ces règles ont non seulement une incidence considérable sur le comportement des entreprises mais affectent aussi leur dimension et leur structure. Les stratégies d'alliance et de développement des entreprises ne peuvent ignorer les contraintes résultant du droit communautaire de la concurrence. Ce sont d'ailleurs les spécificités de ce droit qui ont contribué pour l'essentiel à la construction du concept d'entreprise. Ainsi, le terme « entreprise », est-il un terme non connoté juridiquement et volontairement choisi précisément pour dépasser à la fois toute querelle de qualification juridique et toute diversité d'approche juridique selon les Etats membres. L'entreprise n'est ni une société, ni un commerçant ou un artisan, ni un groupe mais peut qualifier une telle réalité.

Le critère essentiel déterminant l'existence de l'entreprise est l'activité économique¹¹, par opposition à l'exercice d'une prérogative de puissance publique. Le second critère cumulativement nécessaire à la reconnaissance de l'existence de l'entreprise est la possibilité d'une autonomie de comportement quel que soit le montage juridique. Autrement dit, la forme juridique de l'entité, son vêtement juridique importe donc peu. N'importent pas davantage les liens de contrôle représentés par la photographie des droits de vote: l'existence d'une activité économique et la possibilité d'un comportement indépendant au-delà des liens sociétaires sont essentiels à la reconnaissance d'une entreprise. En tout cas, les entreprises, comme les Etats, se présentent comme les destinataires du droit de la concurrence, c'est dire qu'elles peuvent l'invoquer ou être sanctionnées sur son fondement. Les entreprises ne sont d'ailleurs pas les seuls sujets du droit de la concurrence. Les Etats membres sont de leur côté contraint par ces règles, spécialement celles relatives aux aides publiques¹². Ces contraintes ne manquent pas de peser sur les conditions du financement des entreprises tant privées que publiques.

La prégnance de la concurrence a aussi une incidence sur le devenir des entreprises publiques. Certes le traité affirme sa neutralité à l'égard des régimes de la propriété dans les Etats membres¹³. Mais, la privatisation

^{7 -} Traité CE, article 4, § 1.

^{8 -} Traité CE, article 81.

^{9 -} Traité CE, article 82.

^{10 -} Règlement n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, JOCE, n°L 24 du 29 janvier 2004.

^{11 -} CJCE 23 avril 1991, Höfner et Elser, aff C-41/90 Recueil I, p. 1979.

^{12 -} Traité CE, article 87 et s.

^{13 -} Traité CE, article 295.

des entreprises publiques est une tendance forte qui s'exprime dans tous les Etats membres. Elle donne naissance à des types particuliers d'entreprises qui pour être privées n'en présentent pas moins une forte présence de l'Etat à travers les pouvoirs spéciaux d'intervention dans la gestion de nombre d'entreprises privatisées que se réservent les autorités publiques¹⁴.

Section II - Des résultats mitigés

Les résultats dont le droit communautaire peut légitimement se prévaloir sont assurément appréciables. Pourtant, ils révèlent des manques significatifs.

§ 1 : Des résultats appréciables

En principe, la coordination pourrait toucher toutes les formes de sociétés, de personnes comme de capitaux. Jusqu'à présent, cependant, elle s'est limitée aux sociétés anonymes, et dans une mesure moindre, aux sociétés en commandite par actions et à responsabilité limitée ou présentant des caractéristiques similaires. La raison en est simple, cette restriction s'explique par le fait que ce sont ces sociétés, tout particulièrement les sociétés anonymes, qui sont engagées dans les activités économiques internationales.

La coordination du droit des sociétés s'est concrétisée jusqu'à ce jour dans quatorze directives dont neuf sont en vigueur et a priori transposées par les Etats membres. Elles visent la protection d'intérêts complexes: les créanciers sociaux¹⁵, les actionnaires et futurs actionnaires¹⁶, les salariés¹⁷, enfin, l'entreprise elle-même¹⁸.

A ces résultats il convient d'ajouter des acquis plus sectoriels. Tel est le cas des directives concernant les établissements financiers et les entreprises d'assurance qui, pour des raisons évidentes tenant à la nature de ces activités, subordonnent l'application du principe de la reconnaissance mutuelle à des exigences particulières concernant le capital social de ces sociétés, leurs réserves et les règles prudentielles¹⁹. On ne saurait, naturellement, oublier le règlement relatif au statut de la

¹⁴ - Robert Kovar, Actions spécifiques et entreprises privatisées : donner et retenir ne vaut ? Revue juridique de l'entreprise publique, n°593, décembre 2002, p. 625 et s.

^{15 -} Des cas de nullité limités, une publicité de l'existence des sociétés, la stabilité du capital, la transparence des comptes, une information satisfaisante.

^{16 -} Une procédure réglementée des fusion et scission de sociétés, la transparence des comptes, la possibilité d'adopter une société à associé unique, l'information et la protection des souscripteurs.

^{17 -} Le maintien des droits des salariés en cas de transfert d'entreprises, leur participation dans les procédures de fusion et de scission, le principe de la représentation des salariés, le contrôle des comptes.

^{18 -} La possibilité d'opérer des fusion et scission internes, la possibilité de fusion transfrontalière.

^{19 -} V. notamment : Directive 2002/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie, JO n°L 345 du 19 décembre 2002, p. 1 et s. ; Directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, JO n°L 126 du 26 mai 2000, p. 1 et s.

société européenne²⁰ et celui instituant le groupement européen d'intérêt économique²¹.

Si, mis à part les impôts sur la consommation, l'harmonisation des législations fiscales n'a pas donné lieu à des résultats significatifs, il convient néanmoins de mentionner la directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990 qui prévoit le report de l'imposition des plus-value résultant de la restructuration transfrontalière de sociétés effectuée sous forme de fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions jusqu'à une cession ultérieure des actifs apportés²². Cette directive a été modifiée voyant sa portée élargie²³.

§ 2 : Des manques indéniables

Après un demi siècle le droit communautaire n'est pas parvenu à unifier les systèmes juridiques nationaux sur ce point pourtant d'une grande importance. Même s'il s'agit d'Etats membres qui ont fait le choix du critère du siège statutaire de nature à favoriser la mobilité des entreprises celle-ci est loin d'être affranchie de toute restriction. La protection d'intérêts nationaux, en particulier en matière fiscale, autorise les Etats membres à prendre des dispositions qui rendent fiscalement irréaliste le transfert d'une société dans un autre Etat alors que le droit des sociétés le permettrait. C'est ce qui ressort de l'arrêt Daily Mail²⁴. Il en est résulté que le droit d'établissement des sociétés s'est presque exclusivement exercé sous la forme de la création d'établissements secondaires. Dans cet arrêt, la Cour de justice constatait que le Traité CEE considérait la disparité des législations nationales concernant le lieu de rattachement imposé aux sociétés constituées sous leur empire ainsi que la possibilité et, le cas échéant, les modalités d'un transfert du siège, statutaire ou réel, de ces sociétés d'un Etat membre à l'autre des problèmes qui ne sont pas résolus par les règles du droit d'établissement, mais qui doivent l'être par des travaux législatifs ou conventionnels lesquels, toutefois, n'ont pas encore abouti. La Cour en concluait que les articles du traité CEE relatifs au droit d'établissement et de prestation de services devaient être interprétés en ce sens qu'ils ne conféraient aucun droit en l'état actuel du droit communautaire à une société

^{20 -} Règlement (CE) n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), JO n°L 294 du 10 novembre 2001, p. 1 et s.

^{21 -} Règlement (CEE) n°2137/85 du 25 juillet 1985, JOCE n°L 199 du 31 juillet 1985.

^{22 -} Directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, JO n°L 225 du 20 août 1990, p. 1 et s.

²³ - Directive 2005/19/CE du Conseil du 7 février 2005 modifiant la directive 90/434/CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, JO n°L 58 du 4 mars 2005, p. 19 et s.

^{24 -} CJCE 27 septembre 1988, The Queen Daily contre HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc, affaire 81/87, Recueil p. 5483.

constituée conformément à la législation d'un Etat membre et y ayant son siège statutaire, de transférer son siège de direction dans un autre Etat membre.

La voie conventionnelle n'a pas permis d'aboutir. Si les six Etats fondateurs de la Communauté avaient conclu, en application de l'article 220, devenu l'article 293 du Traité CE, une convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et des personnes morales-Convention de Bruxelles du 29 février 1968- faute de ratification par les Pays-Bas elle n'est pas entrée en vigueur. Aujourd'hui elle nécessiterait, en tout état de cause, des adaptations à la suite des adhésions de nouveaux Etats à la Communauté. Actuellement est en cours de discussion un projet de directive relative aux transferts de siège sociaux au sein de la Communauté²⁵, dont on peut penser qu'il aboutira²⁶. La Cour de justice a du pallier cette carence législative. Elle a jugé que lorsqu'une société, légalement constituée dans un Etat membre où elle a son siège statutaire, est réputée, en vertu du droit d'un autre Etat membre, avoir transféré son siège effectif dans cet Etat à la suite de la cession de toutes ses parts sociales à des ressortissants de cet Etat qui y résident, les règles que le second Etat membre applique à cette société n'échappent pas au champ d'application des dispositions communautaires relatives au droit d'établissement. La Cour dégage ensuite la signification des articles 43 et 48 du Traité CE pour parvenir à la conclusion que « l'exercice de la liberté d'établissement suppose nécessairement la reconnaissance desdites sociétés par tout Etat membre dans lequel elles souhaitent s'établir ». Elle affirme aussi que l'existence de la personnalité juridique de la société en cause « est consubstantielle à sa qualité de société de droit néerlandais, dans la mesure où [...] une société n'a d'existence qu'à travers la législation nationale qui en détermine la constitution et le fonctionnement [...]. L'exigence de la reconstitution de la même société en Allemagne équivaut, dès lors, à la négation même de la liberté d'établissement »²⁷. Pour apporter une amélioration certaine à l'effet utile du droit d'établissement, cette jurisprudence ne règle pas l'ensemble des difficultés puisqu'elle concerne les entraves résultant de la législation de l'Etat d'accueil et non celles imputables à la législation de l'Etat d'origine qui était en cause dans l'affaire Daily Mail. L'absence quasi-totale d'harmonisation fiscale dans le domaine des impositions des personnes, tout particulièrement des sociétés, handicape

^{25 -} Proposition de 14^e directive concernant le transfert de siège des sociétés d'un Etat membre à un autre avec changement de la loi applicable.

^{26 -} La législation fiscale française a été modifiée pour exonérer des conséquences fiscales de la cessation d'activité les entreprises qui transfèrent leur siège social de France vers un autre Etat membre de l'Union européenne, conformément aux dispositions du règlement n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne. Article 221 du code général des impôts.

^{27 -} CJCE 5 novembre 2002, Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), affaire C-208/00, Recueil p. I-9919. Pour un établissement secondaire, v. CJCE 9 mars 1999, Centros, affaire C-212/97, Recueil p. I-1459.

gravement la réalisation des objectifs du Traité CE. L'intervention de la Cour de justice amenée à appliquer le principe de non discrimination édicté par le Traité peut produire des conséquences perverses comme le montre les arrêts Lankhorst-Hohorst²⁸ et Mark et Spencer²⁹, au point qu'on a pu parler d'une harmonisation négative.

Même là où la coordination du droit des sociétés s'est concrétisée par les directives communautaires, le recours à la technique de l'option et la technique du renvoi aux droits nationaux a été souvent la cause d'une harmonisation jugée par certains insuffisante. Non seulement les directives « sociétés » sont d'application délicate, mais peuvent également donner lieu à des interprétations différentes. Le règlement relatif au statut de la société européenne a, lui aussi, fait un usage jugé excessif au renvoi aux droits nationaux.

^{28 -} CJCE 12 décembre 2002, Lankhorst-Hohorst GmbH contre Finanzamt Steifurt, affaire C-324/00, Recueil p. I-11779.

^{29 -} CJCE 14 décembre 2000, Algemene Maatschappij voor Investering en Dienstverlening NV (AMID) contre Belgische Staat, affaire C-141/99, Recueil p. I-11619.



Table des matières

Sommaire	. 3
Avant propos	
Par Jacqueline Flauss-Diem	. 5
Le droit commun du marché	
Par Cyril Nourissat	
Section I – La reconnaissance mutuelle	
Section II – Egalité de traitement	15
L'entreprise : un nouveau sujet de droit ?	
Par Sophie Schiller	19
Section I - Critères négatifs de définition de l'entreprise	21
§ 1 - Rejet de la conception formelle de la notion d'entreprise	
par le droit européen	21
§ 2 - Rejet de la conception fonctionnelle de la notion d'entreprise	
par le droit européen	24
Section II - Recherche d'un critère positif de détermination	
de la notion d'entreprise	27
§ 1 - L'entreprise caractérisée par son caractère substituable	~=
ou concurrentiel à une entreprise privée	
§ 2 - L'entreprise caractérisée par son pouvoir de décision autonome	29
Quel consommateur ? Pour quel rôle ?	
Par Natacha Sauphanor-Brouillaud	33
Section I - Un rôle avéré : un acteur économique protégé	
dans l'intérêt de l'entreprise	
§ 1 - Un rôle insufflé par le droit communautaire	
A. Le droit communautaire primaire	
B. Le droit communautaire dérivé	
§ 2 - Un rôle atténué par le droit interne	
A. Lors de l'élaboration initiale du droit français	
B. Lors de la transposition du droit dérivé	43
Section II - Un rôle en devenir : un sujet protégé indépendamment	
de l'intérêt de l'entreprise ?	45
§ 1 - Les doutes quant à la conception de la Cour de justice des communautés européennes	4=
A. La protection du sujet en situation d'infériorité	
B. La protection des intérêts du marché	
§ 2 - Les doutes quant à l'orientation prise	4/
par la Commission européenne	47
par la commission curopecime	
Les salariés, nouveaux acteurs du droit des sociétés	
Par Hélène Tissandier	51
Section I - La participation des salariés au processus décisionnel	
§ 1 - De l'information à l'implication des travailleurs	
A. Information et consultation	
B. L'implication	56
§ 2 - La négociation collective sous l'influence	
du droit communautaire	28

Section II - Des limites aux pouvoirs des salariés :	
l'enjeu de l'information	60
§ 1 : Une obligation d'information à la charge de l'entreprise ou	
des sociétés du groupe de dimension communautaire	60
§ 2 : Une obligation de confidentialité	
Les droits des sociétés dans l'Union européenne :	
entre concurrence et équivalence	
Par Véronique Magnier	
Section I - Concurrence des droits	
§ 1 : Concurrence et sociétés (hors société européenne)	70
A. Vers un droit des sociétés non cotées plus souple	70
B. Vers un droit des sociétés cotées plus contraignant	71
§ 2 : Concurrence et société européenne	73
A. La spécificité de la SE	
B. L'attractivité des sociétés européennes	
Section II - Equivalence des droits	
§ 1 - La protection des intérêts des actionnaires minoritaires	
A. Les actionnaires de sociétés non cotées	
B. Les actionnaires de sociétés cotées	
§ 2 - La protection des intérêts des tiers	
A. La protection des salariés	81
B. La protection des créanciers	
B. La protection des creanciers	02
Le droit comptable européen et les parties prenantes	
Par Bernard Christophe	. 85
Section I - Que reste-t-il d'européen dans les normes comptables ?	
§ 1 - Un peu d'histoire	
§ 2 - L'IASB, son fonctionnement	
Section II - Un marché qui incite à converger et des normes	
qui ne répondent pas aux attentes de toutes les parties prenantes	89
§ 1 - Une convergence au nom du réalisme économique	89
§ 2 - La volonté de garder à la comptabilité son statut de bien public	
A. Résistance dans l'élaboration des comptes individuels	
B. La spécificité française en matière de comptes consolidés	
B. La specificite française en mattere de comptes consondes	. /2
Emergence d'un droit fiscal européen de l'entreprise,	
de ses actionnaires et de ses prêteurs	
Par Jacques Malherbe	95
Section I – Harmonisation négative	
§ 1 - Les prêteurs : Lankhorst-Hohorst	
A. Sous-capitalisation	
B. Application de la directive mère-filiale	99
C. Application à d'autres pays : Danemark	
§ 2 - Mouvements des contribuables entre Etats membres : Lasteyrie	
y = 1/104 chieffo des contribuables entre Leats membres . Lasteylle	17
§ 3 - Consolidation fiscale – Compensation entre gains et pertes :	
§ 3 - Consolidation fiscale – Compensation entre gains et pertes : Marks & Spencer	103

Table des matières

Section II - Harmonisation positive	109
§ 1 - La directive mères-filiales et son extension	109
A. Le but de la directive mères-filiales	110
B. Interprétation de la directive	111
C. Effet direct de la directive	114
D. Modifications de la directive mères-filiales	114
1. Extension de la liste des sociétés qualifiées	115
2. Extension de la directive aux établissements stables	115
3. Abaissement du seuil de participation	117
4. Extension de la méthode d'imputation	117
5. Sociétés fiscalement transparentes	118
E. Distribution des dividendes aux actionnaires individuels	
et de portefeuille	119
§ 2 - Extension de la directive fusions	120
A. Champ d'application	120
B. Sociétés transparentes	121
1. Société apporteuse transparente	121
2. Société associée transparente	122
C. Participation de la société bénéficiaire dans la société	
apporteuse	122
D. Transformation de succursale en filiale	122
E. Double imposition à l'occasion d'apport d'actifs	123
F. Echange d'actions	124
G. Attribution d'actions propres dans un échange d'actions	124
H. Extension du champ d'application de l'échange d'actions	124
I. Transfert de siège d'une société européenne ou	
d'une société coopérative européenne	125
§ 3 - Directive sur les paiements d'intérêts et de redevances entre	
sociétés associées et de différents Etats membres	125
A. Définition des intérêts et redevances	126
B. Définition des sociétés associées et des établissements stables	126
C. Exigence supplémentaire : la qualité de bénéficiaire effectif	128
D. Conditions de durée	128
E. Conditions administratives	129
F. Fraudes et/ou abus	129
G. Difficulté du multilinguisme	129
§ 4 - La société européenne	129
A. Constitution	130
1. Impôts directs	130
2. Impôts indirects	131
a. Impôt sur les rassemblements de capitaux	
b. Taxe sur la Valeur ajoutée	
B. Fonctionnement	132
C. Transfert de siège	133
1. Impôts directs	134
a. Etat de départ	
b. Etat d'arrivée	
2. Impôts indirects	135

Le droit communautaire des procédures d'insolvabilité: une relative ré-	ussite
Par François Mélin	139
Section I La détermination du tribunal compétent et de la loi	
applicable aux procédures d'insolvabilité	141
§ 1 - La détermination du tribunal compétent	141
§ 2 - La détermination de la loi applicable	144
Section II - La reconnaissance et la coordination	
des procédures d'insolvabilité	146
§ 1 - La reconnaissance des procédures d'insolvabilité	147
§ 2 - La coordination des procédures d'insolvabilité	150
y 2 - La coordination des procedures d'insolvabilité	1)0
Le droit communautaire et l'entreprise : aspects de droit pénal	
Par Mikaël Benillouche	155
Section I - L'indispensable existence de systèmes de sanction	
des entreprises	162
§ 1 - Les sanctions quasi-pénales en matière de concurrence	162
§ 2 - La coopération inter-Etatique sur le fondement	
du troisième pilier	167
Section II - L'évolution inachevée vers un droit pénal européen	
de l'entreprise	171
§ 1 - Les propositions doctrinales	172
A. La création d'un espace pénal européen	172
B. Le Corpus Juris	172
C. La Constitution pour l'Europe	174
§ 2 - Les avancées jurisprudentielles	
A. Le principe de coopération loyale	176
B. L'intégration du droit pénal dans le premier pilier	177
2.2 meg.uden ud dien penul ume ie premier piner vivivivi	1,,
Vers une approche culturelle de l'euro-management	
Par Jean-Jacques Pluchart	179
Section I - L'évolution des notions d'entreprise et de management	
européens	180
§ 1 - L'approche institutionnelle de l'entreprise européenne	180
§ 2 - L'approche stratégique de l'entreprise et du management	
européens	181
§ 3 - L'approche culturelle de l'entreprise et du management	
européens	181
Section ÎI - La problématique, le terrain d'observation et la méthodologie	
de la recherche	183
§ 1 - Une problématique centrée sur les fondamentaux	
de l'euro-management	183
§ 2 - Le terrain de la recherche : la normalisation comptable	5
internationale	184
§ 3 - La méthodologie de la recherche : une approche triangulée	101
du terrain	185
Section III - Les résultats de la recherche : des propositions européenne	
fondées sur les valeurs fondamentales de l'euro-management	. s 185
§ 1 - La notion de « juste valeur »	186
§ 2 - La notion « d'image sincère et fidèle »	187
§ 3 - L'institutionnalisation des nouvelles normes	
y J Emontunomanoanon des nouvelles normes	100

Table des matières

Synthese	
Par Robert Kovar	193
Section I - Des objectifs exigeants	193
§ 1 - La constitution d'un territoire communautaire	194
§ 2 - La constitution d'un marché concurrentiel	196
Section II - Des résultats mitigés	
§ 1 - Des résultats appréciables	198
§ 2 - Des manques indéniables	199