



GROUPE DE TRAVAIL “PROGRAMMES”

Sous-groupe Civil

Lignes directrices pour la
Formation Judiciaire en matière
Commerciale
En Europe

Ont contribué à l'élaboration de ces lignes directrices :

- Mme Valérie AMAND, Ecole nationale de la magistrature.
- M. Daniel BARLOW, chef du bureau du droit commercial, direction des affaires civiles et du sceau, ministère de la justice.
- M. Jean-Marc BELORGEY, rapporteur général adjoint du conseil de la concurrence.
- M. Bernard CHEVALIER, référendaire à la Cour de justice des Communautés européennes.
- Mme Nicole COCHET, chargée de mission, direction des affaires civiles et du sceau, ministère de la justice.
- M. Philippe JEANJEAN, Ecole nationale de la magistrature
- M. Jean-Luc VALLENS, magistrat, professeur associé.
- Mme Karima ZOUAOUI, chargée de mission, direction des affaires civiles et du sceau, ministère de la justice.



INTRODUCTION GENERALE

L'organisation d'une formation judiciaire européenne en matière « commerciale » pose un problème de définition et de champ d'intervention, dès lors que le droit communautaire n'envisage pas le droit commercial en tant que tel, mais réglemente et harmonise certaines matières traditionnellement rattachées, en France et d'en d'autres Etats, à cette dénomination.

Il convient par ailleurs de préciser que les réglementations dont s'agit sont rarement autonomes et ne peuvent bien souvent être dissociées des éléments assurant leur transposition en droit national, dès lors notamment que, dans ces matières, les instruments communautaires ne sont bien souvent pas d'harmonisation globale mais minimale et offrent des options aux Etats membres.

Sur cette base, il est possible de prendre comme référence une sorte de fonds commun de règles et de régimes utiles aux magistrats en charge des questions économiques et commerciales au sein des juridictions nationales – en mettant de côté les règles relatives à la propriété intellectuelle, au droit des contrats et au droit de la consommation, qui font l'objet de développements spécifiques.

Pour chaque sujet, les caractéristiques principales de l'instrument légal européen seront succinctement présentées; la pertinence de cet instrument pour le monde judiciaire ainsi que le contenu recommandé du programme de formation seront brièvement décrits.

Peuvent ainsi être retenus, outre les fondamentaux et sans prétendre à l'exhaustivité : le droit des sociétés commerciales, la comptabilité, le contrôle légal des comptes et le droit de la concurrence. Un préalable au fond apparaît toutefois nécessaire ; bien identifier les formateurs, les destinataires de la formation et les méthodologies de transfert des connaissances retenues.

- 1 L'identification des formateurs, des destinataires de la formation et des méthodologies.**
- 2 Les rapports du droit communautaire avec le droit des Etats membres et la mise en oeuvre du droit communautaire par le juge national.**
- 3 L'apport du droit communautaire au droit des sociétés.**
- 4 La "révolution" comptable.**
- 5 Le droit de la concurrence.**
- 6 L'insolvabilité des sociétés.**

1 L'identification des formateurs, des destinataires de la formation et des méthodologies.

1-1 Formateurs

Pour chaque sujet ou sous-chapitre, les lignes directrices s'accompagneront d'une recommandation relative au profil des formateurs. Les formateurs peuvent être répartis en six groupes principaux :

1-1-1 Experts internationaux

Sans exclusion, les formateurs internationaux peuvent, à titre d'exemple, des représentants du Conseil de l'Europe, etc.

1-1-2 Experts de l'Union européenne

Les experts européens seraient des représentants des instances de l'Union européenne telles que la Cour européenne de Justice, le Tribunal de première Instance, le Conseil, la Commission et le Parlement européen. En outre, les formateurs seraient des représentants des agences européennes telles que le Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, le Réseau des Centres européens des Consommateurs (ECC-Net) et autres.

L'aide des experts européens devrait plus spécifiquement être sollicitée lors des séminaires spécialisés, ateliers et visites d'études.

1-1-3 Praticiens nationaux

Les experts nationaux seraient à trouver parmi les praticiens disposant d'une connaissance spécialisée dans les domaines considérés en Union européenne et de leur application dans les Etats-membres.

Les formateurs peuvent être des représentants des ministères nationaux de la justice, des conseils de la magistrature, des juges et procureurs, des administrations, des juristes, des avocats, des greffiers, des notaires et autres membres du personnel judiciaire présentant le profil recherché pour le sujet couvert.

En raison de leur expérience et de leur parcours professionnel, les experts nationaux devraient être appelés à partager leur savoir dans les séminaires spécialisés et les ateliers. Selon la spécificité des domaines d'intervention les experts nationaux pourraient être également des représentants d'autorités chargées d'une mission de régulation économique (autorité de concurrence, autorité de marché, autorité de supervision).

1-1-4 Experts universitaires

Les experts universitaires seraient des professeurs d'université et leurs assistants, des chercheurs, des docteurs en droit et leurs assistants.

Les experts issus du monde universitaire seraient issus tant des universités nationales que des universités dites "européennes" telles que le Collège d'Europe à Bruges, l'Institut universitaire européen de Florence, etc.

L'éclairage d'experts universitaires est particulièrement recommandé lors des formations de base et des cours d'apprentissage à distance.

1-1-5 Experts issus des instituts de formation

Les experts issus des instituts de formation nationaux peuvent être choisis parmi les juges, procureurs, magistrats et formateurs employés dans les écoles judiciaires nationales car ils seront dès lors parfaitement informés des exigences spécifiques associées à la pédagogie, à l'organisation et au contenu de la formation judiciaire.

1-1-6 Experts issus des ONG

Les experts issus des ONG peuvent être choisis parmi les juristes, chercheurs, docteurs en droit, qui travaillent auprès des ONG nationales et européennes. Selon le sujet, les experts issus du monde associatif devraient être invités à participer, notamment, aux séminaires spécialisés.

1-1-7 Experts issus du monde de l'entreprise

Ces experts apparaissent particulièrement utiles dans les domaines considérés.

1-2 Destinataires de la formation

Par ailleurs, les destinataires potentiels de la formation délivrée sont identifiés et dirigés vers la filière correspondante. Les destinataires de la formation peuvent être répartis dans les catégories suivantes :

1-2-1 Juges seniors

Cette catégorie rassemble les juges qui, ayant une longue expérience du terrain, sont parfaitement informés des problèmes pratiques et de leurs solutions dans le cadre journalier du travail judiciaire.

1-2-2 Juges juniors

Cette catégorie rassemble les jeunes juges qui débudent leur carrière sous une juridiction. Fraîchement diplômés de l'université, les membres de ce groupe disposent de connaissances légales théoriques actuelles mais n'ont, à ce jour, acquis que peu d'expérience pratique.

1-2-3 Procureurs seniors

Cette catégorie rassemble les procureurs qui, ayant une longue expérience du terrain, sont parfaitement informés des problèmes pratiques et de leurs solutions dans le cadre journalier du travail judiciaire.

1-2-4 Procureurs juniors

Cette catégorie rassemble les jeunes procureurs qui débudent leur carrière sous une juridiction. Fraîchement diplômés de l'université, les membres de ce groupe disposent de connaissances légales théoriques actuelles mais n'ont, à ce jour, acquis que peu d'expérience pratique.

1-2-5 « Aspirants »

Les personnes citées ci-dessous peuvent rejoindre la catégorie des aspirants :

- Les étudiants qui, à l'issue de leurs études, ont de très bonnes chances d'embrasser une carrière judiciaire et ont manifesté un intérêt à devenir juge ou procureur;
- Les étudiants de troisième cycle dans les domaines pertinents ;
- Les stagiaires tels que, par exemple, les "auditeurs de justice" en France, les "jueces en prácticas" en Espagne ou les "Referendare" en Allemagne, qui ont de très bonnes chances de et ont manifesté un intérêt à devenir juge ou procureur.

1-3 Méthodologie

Les méthodologies peuvent être réparties comme suit :

1-3-1 Méthode pédagogique

1-3-1-1 Formations de base :

Les formations de base devraient être organisées sous la forme de sessions durant lesquelles la structure générale du domaine abordé devra être présentée. Ces sessions devraient, idéalement, durer entre trois et cinq jours. La finalité de cette formation est de transmettre aux participants les notions élémentaires qui leur permettront de comprendre le détail du sujet traité.

Les formations de base peuvent être combinées avec des *cours en ligne destinés à approfondir et compléter les connaissances*.

Par ailleurs, une formation de base peut être associée à une visite d'étude auprès, à titre d'exemple, d'une institution ou agence européenne, d'une école judiciaire ou autre. Ces formations de base concernent tout particulièrement l'apprentissage des principes fondamentaux du droit communautaire (voir infra 2 les rapports du droit communautaire avec le droit des Etats membres et la mise en œuvre du droit communautaire par le droit national).

1-3-1-2 Séminaires spécialisés

Des séminaires spécialisés devraient être organisés sous la forme de sessions durant lesquelles un sujet spécifique est présenté dans le menu détail. Ces sessions devraient, idéalement, durer de deux à trois jours. La finalité d'une telle formation est de transmettre des connaissances approfondies sur un sujet très précis. Une formation en profondeur peut reposer sur une pédagogie pratique incluant des ateliers et des études de cas ; la formation principale devrait toutefois s'articuler autour d'exposés plus pointus sur les sujets respectifs.

Les séminaires spécialisés peuvent être combinés avec des *cours en ligne destinés à approfondir et compléter les connaissances*. Ils paraissent plutôt adaptés à l'approfondissement des connaissances dans des domaines à forte spécificité : droit des sociétés, droit comptable, droit de la concurrence, insolvabilité des sociétés.

1-3-1-3 Ateliers

Les ateliers devraient être organisés sous la forme de rencontres durant lesquelles l'accent serait placé sur la formation pratique. Ces ateliers devraient, idéalement, durer de une à deux journées. Les méthodes pédagogiques devraient, lors de ces ateliers, notamment inclure des études de cas, des analyses des interrogations posées par les instruments et des possibilités de réponse à ces interrogations, sans oublier d'éventuelles propositions de modification, des tribunaux modèles et autres jeux de rôles.

1-3-1-4 Visites d'étude

Les visites d'étude donneront aux participants l'occasion d'observer la réalité du travail quotidien dans les institutions et agences européennes ainsi que dans les instances homologues nationales telles que les cours et tribunaux, les autorités centrales, etc. Cette expérience contribue à une meilleure compréhension du travail de ces institutions, du rôle d'appui qu'elles assument auprès des praticiens, des obstacles qui peuvent se dresser. En ce sens, ces visites peuvent renforcer la confiance (mutuelle) en ces institutions et promouvoir, par conséquent, leur usage.

Les institutions de l'Union européenne et autres instances expressément citées pour les besoins des présentes lignes directrices sont :

- la Commission Européenne
- la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) ;
- la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) ;
- le tribunal de première instance ;
- le Réseau européen judiciaire en matière civile et commerciale (REJ-Civil) ;
- le Réseau européen des Centres de Consommateurs (ECC-Net).

1-3-1-5 Cours d'apprentissage à distance

Dans le cadre de ce qui a été baptisé le e-learning, d'autres possibilités d'apprentissage à distance se mettent en place. Ces cours peuvent durer entre trois et six mois. Ces formations peuvent couvrir les champs abordés par les formations de base décrites ci-dessus mais peuvent également inclure des sessions d'approfondissement, même si l'accent devrait être placé sur les formations de base qui peuvent offrir un panorama très complet de la justice commerciale en Europe. La pédagogie déployée pour ces cours peut reposer sur la lecture de textes explicatifs, sur des épreuves à choix multiple, sur des études de cas, sur des vidéos, sur des multi-conférences, sur des forums virtuels, etc.

Le cursus de formation en ligne et à distance peut être complété par une session de clôture (et si possible, de démarrage) en présence des formateurs et des apprenants.

1-3-2 Apprentissage en ligne complémentaire

Les formations de base, les séminaires spécialisés et les ateliers peuvent être complétés par un cursus d'approfondissement dispensé en ligne.

1-3-2-1 Dans le cadre de la formation de base, ce programme d'approfondissement s'articulera autour de textes introductifs que l'apprenant devra lire au préalable et qui feront l'objet d'une épreuve à choix multiples. En raison de la nature complémentaire de ces exercices, ils pourraient s'étendre (selon le sujet) sur quatre à six semaines.

1-3-2-2 Dans le cas des séminaires spécialisés, l'outil du e-learning peut être utilisé afin de permettre aux participants d'entamer le cours avec un même bagage de connaissances. Il s'agirait, en l'occurrence, d'une formation introductive, initiale et accessible à domicile. A nouveau, la formation peut reposer sur des textes explicatifs consacrés au sujet abordé et des questionnaires à choix multiple. En raison de la nature complémentaire de ces exercices, ils pourraient s'étendre (selon le sujet) sur quatre à six semaines.

1-3-2-3 Dans le cadre des ateliers, l'outil d'apprentissage en ligne peut proposer une méthode de préparation pour les participants plus avancés ; ainsi, durant l'atelier, du temps peut être exclusivement consacré aux difficultés de résolution d'affaires réelles.

1-3-3 Priorités

Dans le domaine de la justice commerciale en Europe, les développements demeurent vastes et de nombreux nouveaux champs rejoignent la sphère européenne. Par conséquent, il s'avère extrêmement difficile d'évaluer quels champs de la loi deviendront pertinents et à quelle échéance ils viendront compléter la législation existante. Néanmoins, les présentes lignes directrices établiront également le classement des priorités qu'il conviendra de définir pour chacun des sujets répertoriés. Notons toutefois que ce classement des priorités peut rapidement être dépassé !

Trois différents niveaux de priorité sont assignés à chaque sous-sujet :

C1) Priorité absolue ;

C2) Prioritaire ;

C3) Recommandé.

A nouveau, il est essentiel de souligner que le niveau de priorité d'un sujet est susceptible d'être considérablement modifié à la lumière des évolutions législatives en matière de justice civile en Union européenne.

Par ailleurs, dans un souci de lisibilité, les références de la jurisprudence particulièrement pertinente apparaissent en caractères gras lorsque les arrêts sont cités dans le corps du texte.

2 Les rapports du droit communautaire avec le droit des États membres et la mise en œuvre du droit communautaire par le juge national (C1)

Les rapports entre le droit communautaire et le droit des États membres sont fondés sur deux principes dégagés par la Cour de justice des Communautés européennes, le principe de primauté, en vertu duquel une norme de droit communautaire doit l'emporter sur toute norme de droit interne, et le principe d'effet direct, selon lequel le droit communautaire a vocation à créer directement des droits en faveur des particuliers que ceux-ci peuvent invoquer, le cas échéant, devant un juge.

L'application du droit communautaire dans le cadre de litiges impliquant des particuliers ne relève pas d'un ordre de juridictions spécialisées, qui aurait été créé à cet effet par les traités. En outre, la compétence exclusive de la Cour de justice se limite aux actions en manquement, engagées par la Commission ou, le cas échéant, un État membre contre un autre État qui a manqué à ses obligations communautaires, au contrôle de la légalité de l'action des institutions communautaires, aux actions en responsabilité contre les Communautés et à la procédure du renvoi préjudiciel.

C'est donc au juge national qu'il incombe, dans les litiges relevant de sa compétence, d'assurer la primauté et la portée du droit communautaire, afin que les particuliers puissent bénéficier effectivement des droits qu'il leur confère. Le juge national est ainsi le "juge de droit commun" du droit communautaire.

Le plus souvent, le droit communautaire ne prévoit pas comment il doit être mis en œuvre par les juges des États membres, de sorte que ceux-ci appliquent leurs règles de procédure nationales. La mise en œuvre du droit communautaire relève ainsi de l'"autonomie procédurale" des États membres.

Cependant, afin que le droit communautaire soit appliqué de manière effective et uniforme dans les différents États membres de l'Union européenne, cette autonomie procédurale est encadrée par deux principes, le principe d'équivalence, en vertu duquel les règles procédurales applicables aux actions fondées par un particulier sur le droit communautaire doivent être équivalentes aux règles procédurales applicables aux actions de même nature fondées sur le droit national (c'est-à-dire ne pas être moins favorables), et le principe d'effectivité, selon lequel ces règles nationales ne doivent pas rendre impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire.

2-1 Le contenu et la portée des principes de primauté et d'effet direct

2-1-1 L'affirmation des principes

2-1-1-1 Le principe de primauté

C'est dans l'arrêt du [15 juillet 1964, Costa](#) (6/64, Rec. p. 1141), que la Cour a affirmé la primauté du droit communautaire sur le droit national. Elle a estimé que, à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États. Cette intégration ainsi que les termes et l'esprit du traité ont pour corollaire l'impossibilité pour les États membres de faire prévaloir contre cet ordre juridique une mesure nationale contraire. Selon la Cour, "issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même".

La primauté du droit communautaire fait donc partie de la nature même de celui-ci, puisqu'elle conditionne son application uniforme dans tous les États membres, sans laquelle les objectifs du traité ne pourraient pas être atteints.

Le principe de primauté a vocation à couvrir toutes les normes de droit communautaire et il implique qu'elles doivent prévaloir sur toutes les normes de droit interne.

En ce qui concerne les normes de droit communautaire, le principe de primauté vaut évidemment pour le "droit primaire", c'est-à-dire les traités. Il couvre aussi les principes généraux du droit, comme les principes de sécurité juridique, de protection de la confiance légitime et de proportionnalité. Il s'étend aux droits fondamentaux, qui sont inspirés des traditions constitutionnelles communes aux États membres et des actes internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels ces États ont participé. Selon une formule consacrée, ces droits "font partie des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect", pour autant que les États membres agissent dans le champ d'application du droit communautaire.

Le principe de primauté s'applique également aux engagements internationaux liant la Communauté, tels que les accords d'association. Il bénéficie aux actes dits de "droit dérivé", c'est-à-dire les règlements, les directives, les décisions, adoptés dans le cadre du traité CE, ou encore les décisions-cadres, les décisions, les positions communes et les conventions adoptées dans le cadre du titre VI UE, relatif à la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

Il couvre enfin la jurisprudence, c'est-à-dire les décisions rendues par la Cour de justice dans le cadre des procédures préjudicielles, des recours en manquement et des pourvois à l'encontre de décisions rendues par le Tribunal de première instance.

En ce qui concerne les normes de droit interne, la primauté du droit communautaire, conformément à la formule de la Cour dans l'arrêt Costa, s'applique à l'égard d'un texte interne «quel qu'il soit». La primauté du droit communautaire vaut donc à l'égard de tout le droit national. Ainsi, cette primauté s'applique indifféremment de la nature civile, pénale ou administrative de celui-ci (voir, en ce qui concerne des dispositions pénales, les arrêts du [2 février 1989, Cowan](#), 186/87, Rec. p. 195), à propos d'un ressortissant anglais victime d'une agression à Paris et dont la demande auprès de la CIVI avait été rejetée, et du [19 janvier 1999, Calfa](#), C 348/96, Rec. p. I-11, à propos de la loi grecque imposant au juge d'ordonner l'expulsion à vie d'un ressortissant d'un autre État membre reconnu coupable des délits d'acquisition et de détention de stupéfiants).

Selon la Cour, le droit communautaire ne peut pas non plus se voir opposer des normes de nature constitutionnelle (arrêt du [17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft](#), 11-70, Rec. p.1125, et, à propos des dispositions de la loi fondamentale allemande interdisant aux femmes tout emploi dans l'armée pouvant comporter l'utilisation d'armes, arrêt du [11 janvier 2000, Kreil](#), C 285/98, Rec. p. I-69).

Le traité de Lisbonne fait référence au principe de primauté à la déclaration n° 17, figurant en annexe, dans laquelle la portée de ce principe, telle qu'elle a été précisée par la Cour, notamment dans l'arrêt Costa, est explicitement confirmée.

2-1-1-2 Le principe d'effet direct

Le principe d'effet direct du droit communautaire décrit sa capacité à engendrer directement des droits au profit des particuliers que ces derniers peuvent invoquer devant le juge national. Ce principe a été dégagé par la Cour de justice dans l'arrêt du [5 février 1963, Van Gend en Loos \(26/62, Rec. p. 3\)](#). Selon la Cour, il ressort de l'esprit, de l'économie et des termes du traité que le droit communautaire, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique.

Pour se voir reconnaître un effet direct, la norme de droit communautaire, selon une formule traditionnellement reprise par la jurisprudence, doit être suffisamment claire, précise et inconditionnelle. Toutefois, les deux premières conditions se recoupent. L'effet direct est donc subordonné aux conditions que la norme communautaire soit suffisamment précise et qu'elle puisse être appliquée par elle-même, c'est-à-dire sans qu'une mesure ultérieure des États membres ou de la Communauté soit nécessaire.

2-1-2 Les conséquences de la primauté du droit communautaire directement applicable

En vertu du principe de primauté, une norme de droit communautaire directement applicable rend inapplicable, de plein droit, toute norme nationale contraire, antérieure ou postérieure. Cet effet s'impose à toutes les autorités des États membres, y compris aux autorités juridictionnelles. Dans l'arrêt du [9 mars 1978, Simmenthal \(106/77, Rec. p. 629\)](#), la Cour a jugé que «le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure».

2-1-3 Les normes revêtues d'effet direct

Certaines dispositions communautaires doivent être appliquées par le juge national dans le cadre tant d'un litige entre un particulier et une autorité étatique que d'un litige entre particuliers. Ces dispositions ont donc un effet direct "vertical" (à l'encontre d'une autorité étatique) et "horizontal" (à l'encontre d'un autre particulier). A l'inverse, d'autres dispositions communautaires ne peuvent avoir qu'un effet direct "vertical" parce qu'elles ne peuvent créer d'obligation qu'à la charge des autorités étatiques. Enfin, certaines dispositions n'ont aucun effet direct.

2-1-3-1 Le droit primaire

Les articles du traité peuvent, selon leur contenu, être revêtus d'un effet direct complet, d'un effet direct seulement vertical ou encore d'aucun effet direct.

Ont un effet direct complet les articles qui visent explicitement les particuliers, comme les articles 81 CE (désormais [101 TFUE](#)) et 82 CE (désormais 102 TFUE), relatifs à la concurrence entre entreprises, ainsi que ceux qui, sans viser expressément les particuliers, mettent à leur charge des obligations, comme l'article 141, paragraphe 1, CE (désormais 157, paragraphe 1 TFUE), qui énonce le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs

féminins pour un même travail ou un travail de même valeur, ou encore les articles du traité instaurant les libertés de circulation (voir, notamment, arrêt du [11 décembre 2007, International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union](#), C-438/05, points 61 à 66).

Ont un effet direct uniquement vertical les dispositions qui ne créent d'obligations qu'à l'égard des États membres, telles que l'article 18, §1, CE (désormais 21, paragraphe 1 TFUE), selon lequel les citoyens de l'Union ont un droit d'accès et de séjour dans tout État membre (arrêt du [17 septembre 2002, Baumbast](#), C 413/99, Rec. p. I-7091).

Enfin, jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, étaient jugés comme dépourvus de tout effet direct, notamment, les articles du traité qui définissaient les missions de la Communauté, comme l'article 2 CE, qui indiquait que celle-ci avait pour mission de promouvoir, dans l'ensemble de l'Union, un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, un niveau d'emploi élevé, etc., ainsi que certaines dispositions qui laissaient aux institutions ou aux États membres une marge d'appréciation qui fait écran entre la norme et le justiciable: par exemple, les articles 136 CE et 137 CE, qui définissent les objectifs et les actions de la Communauté et des États membres en matière sociale.

2-1-3-2 Les accords internationaux liant la Communauté

Contrairement aux traités et aux actes de droit dérivé, ils ne bénéficient pas d'une présomption d'effet direct. Selon la Cour, une disposition d'un accord conclu par la Communauté avec un pays tiers doit être considérée comme étant d'application directe «lorsque, eu égard à ses termes ainsi qu'à l'objet et à la nature de l'accord, elle comporte une obligation claire et précise qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte extérieur». La Cour a reconnu un effet direct à plusieurs dispositions d'accords d'association, notamment à celles qui interdisent de traiter de manière discriminatoire les ressortissants du pays partie à cet accord (voir, notamment, arrêt du [20 novembre 2001, Jany e.a.](#), C 268/99, Rec. p. I-8615).

La question la plus discutée a été celle d'un éventuel effet direct du Gatt puis des accords OMC. La Cour refuse, en principe, de reconnaître un effet direct aux accords du Gatt et de l'OMC en raison de leur souplesse et du système de règlement des différends, qui laisse une large place à la négociation (voir, pour une application récente, arrêt du [11 septembre 2007, Merck Genéricos — Produtos Farmacêuticos](#), C-431/05).

2-1-3-3 Les règlements et les décisions

En principe, les règlements ont vocation à avoir un effet direct complet, puisque, selon l'article 288, alinéa 2, [TFUE](#), un règlement a une portée générale, il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre.

De même, aux termes de l'article 288, alinéa 4, TFUE, une décision est obligatoire dans tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne. Les décisions adressées à un particulier peuvent créer des droits et des obligations à la charge de celui-ci. Elles peuvent donc avoir un effet direct vertical et horizontal. À l'inverse, les décisions qui ont pour destinataires les États membres ne créent d'obligations qu'à la charge de ces derniers et n'ont qu'un effet direct vertical (voir, pour un exemple de décision dépourvue d'effet direct horizontal, arrêt du [7 juin 2007, Carp](#), C-80/06, Rec. p. I-4473).

2-1-3-4 Les directives

En principe, les directives n'ont pas vocation à avoir un effet direct parce qu'elles doivent faire l'objet d'une transposition en droit interne et que les modalités de cette transposition sont déterminées par les États membres qui disposent à cet effet d'une marge d'appréciation. Toutefois, la Cour a admis, à partir des années 1970, que les directives pouvaient avoir un effet direct à certaines conditions.

Tout d'abord, une directive ne peut avoir un effet direct qu'après l'expiration du délai imparti pour sa transposition et lorsqu'elle n'a pas été transposée ou a été transposée incorrectement.

D'autre part, les dispositions de la directive doivent être suffisamment précises pour pouvoir être appliquées directement par le juge national.

Enfin, il ne peut s'agir que d'un effet direct vertical, c'est-à-dire qu'une directive ne peut être opposée qu'à l'État membre défaillant. Les dispositions d'une directive qui n'a pas été transposée ou qui l'a été incorrectement ne peuvent pas créer d'obligations à la charge d'un particulier, de sorte qu'elles ne peuvent pas être appliquées en tant que telles dans un litige opposant un particulier à un autre particulier. La Cour a considéré qu'admettre qu'une directive puisse avoir un effet direct horizontal reviendrait à reconnaître à la Communauté le pouvoir d'édicter avec effet immédiat des obligations à la charge des particuliers alors qu'elle ne détient cette compétence que dans les cas où lui est attribué le pouvoir d'édicter des règlements (arrêt du [14 juillet 1994, Faccini Dori, C 91/92, Rec. p. I-3325](#)).

La possibilité de se prévaloir en justice d'une directive se heurte donc à plusieurs restrictions. Cependant, par sa jurisprudence, la Cour a apporté des atténuations à ces restrictions.

En ce qui concerne la première condition, selon laquelle une directive ne peut se voir reconnaître un effet direct avant l'expiration du délai prévu pour sa transposition, la Cour a admis, que, pendant ce délai, les États membres doivent s'abstenir de prendre des dispositions qui soient de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par cette directive (arrêt du [18 décembre 1997, Inter-Environnement Wallonie, C 129/96, Rec. p. I-7411](#)).

En ce qui concerne, ensuite, l'exigence de précision, la Cour a admis que, même lorsque la directive laisse aux États membres une marge d'appréciation, les particuliers peuvent demander au juge national de contrôler que les autorités compétentes n'ont pas excédé cette marge (arrêts du [24 octobre 1996, Kraaijeveld e.a., C 72/95, Rec. p. I-5403](#), du [19 septembre 2000, Linster e.a., C-287/98, Rec. p. I-6917](#), et du [7 septembre 2004, Landelijke, C-127/02](#)).

En ce qui concerne, enfin, l'absence d'effet direct horizontal des directives, la Cour en a atténué la portée ou les conséquences dans les conditions suivantes :

Premièrement, elle a donné une interprétation très large de la notion d'autorité étatique, en l'étendant aux organismes et entités qui, quelle que soit leur forme juridique, sont soumis à l'autorité ou au contrôle de l'État ou qui sont chargés, en vertu d'un acte de l'autorité publique, d'accomplir un service d'intérêt public sous le contrôle de cette autorité, ou encore qui disposent de pouvoirs exorbitants par rapport à ceux qui résultent des règles applicables dans les relations entre particuliers (arrêt du [4 décembre 1997, Kampelmann e.a., C-253/96 à C-258/96, Rec. p. I-6907](#); voir, pour un exemple récent, arrêt du [5 février 2004, Rieser Internationale Transporte, C-157/02, Rec. p. I-1477](#)).

En outre, dans le cadre d'un litige entre un particulier et une autorité étatique, le fait que l'application de la directive par le juge national peut entraîner des conséquences négatives pour un tiers, même si elles sont certaines, ne justifie pas de refuser à un particulier le droit de se prévaloir

des dispositions d'une directive à l'encontre de l'État membre concerné (arrêt du [7 janvier 2004, Wells, C-201/02](#), à propos d'un recours en annulation introduit par un particulier contre une autorisation administrative de reprise d'exploitation d'une mine).

Deuxièmement, la Cour a dégagé le principe de l'interprétation conforme. Selon ce principe, lorsqu'une juridiction nationale est appelée à interpréter le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive concernée, elle est tenue de le faire, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte et de la finalité de ladite directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci (arrêt du [10 avril 1984, Von Colson et Kamann, 14/83, Rec. p. 1891](#)).

L'obligation d'interprétation conforme connaît cependant des limites.

Tout d'abord, elle ne peut pas servir de fondement à une interprétation du droit national qui serait *contra legem*.

Dans l'arrêt du [5 octobre 2004, Pfeiffer e.a. \(C-397/01 à C-403/01\)](#), la Cour a statué en grande chambre sur la question de savoir si, dans le cadre d'un litige entre particuliers, le juge national pouvait écarter l'application d'une disposition de droit interne contraire à la directive pour appliquer les dispositions générales de son droit national, conformes au droit communautaire. Elle a confirmé que le juge national est tenu d'interpréter le droit national dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive en cause pour atteindre le résultat visé par celle-ci. Elle a précisé que cette obligation ne couvre pas seulement les dispositions prises pour la transposition de la directive en cause mais elle s'étend aussi à l'ensemble du droit national. Toutefois, la Cour ne va pas jusqu'à dire que, conformément à l'arrêt *Simmenthal*, la juridiction nationale devrait laisser inappliquée la disposition de droit interne dérogatoire au droit commun et qui est contraire au droit communautaire.

En d'autres termes, le principe d'interprétation conforme ne peut servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national. Ce n'est que si son droit national lui permet de laisser inappliquée une norme de droit interne que le juge national, dans le cadre d'un litige entre particuliers, est tenu de faire usage de cette possibilité afin d'atteindre le résultat prévu par la directive pertinente.

Ensuite, l'obligation d'interprétation conforme connaît une limite en matière pénale. Selon une jurisprudence constante, l'obligation d'interpréter le droit interne conformément à la directive applicable ne peut avoir pour résultat d'aggraver la responsabilité pénale de ceux qui agissent en méconnaissance des prescriptions de cette directive (arrêts du [26 septembre 1996, Arcaro, C 168/95, Rec. p. I-4705](#), et du [3 mai 2005, Berlusconi e.a., C-387/02, C-391/02 et C-403/02](#)).

Troisièmement, la Cour a jugé qu'un État membre pouvait voir sa responsabilité engagée et être tenu de réparer le préjudice causé par un défaut ou une mauvaise transposition d'une directive (arrêt du [19 novembre 1991, Francovitch et Bonifaci, C-6/90 et C-9/90, Rec. p. I-5357](#)).

2-1-3-5 Les décisions-cadres adoptées dans le cadre du troisième pilier

Le traité de Maastricht, qui a créé l'Union européenne, a réuni les trois traités existants dans un "premier pilier" et leur a ajouté deux autres domaines de compétence, l'un en matière de politique étrangère et de sécurité commune (PESC), appelé le "deuxième pilier" et l'autre dans le domaine de la justice et des affaires intérieures (JAI), dit le "troisième pilier, dans lesquels l'Union fonctionne sur le mode d'une coopération intergouvernementale.

Le traité d'Amsterdam a "communautarisé" une partie de ce troisième pilier en intégrant la partie

relevant de la coopération judiciaire en matière civile ainsi que l'"acquis de Schengen", relatif à la suppression des contrôles aux frontières intérieures de l'Union, dans le traité CE. Le traité d'Amsterdam a également renforcé le pouvoir d'action de l'Union dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, en permettant au Conseil d'adopter des décisions-cadres et des décisions, à l'unanimité et à l'initiative de tout État membre ou de la Commission (article 34 UE). Selon cet article, les décisions-cadres "lient les États membres quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. Elles ne peuvent entraîner d'effet direct". De même, les décisions sont obligatoires mais ne peuvent pas entraîner d'effet direct.

Dans son arrêt du [16 juin 2005, Pupino \(C-105/03\)](#), la Cour s'est prononcée sur la portée qu'il convient de donner à de tels actes, à propos de la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, du 15 mars 2001, relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales.

Elle a jugé que le principe d'interprétation conforme s'impose également au regard des décisions-cadres. En appliquant le droit national, la juridiction de renvoi appelée à interpréter celui-ci est donc tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la décision-cadre applicable afin d'atteindre le résultat visé par celle-ci et de se conformer ainsi à l'article 34 UE.

La Cour a rappelé toutefois les limites inhérentes au principe d'interprétation conforme. D'une part, l'obligation pour le juge national de se référer au contenu d'une décision-cadre, lorsqu'il interprète les règles pertinentes de son droit national, trouve ses limites dans les principes généraux du droit, et notamment dans les principes de sécurité juridique et de non-rétroactivité. Ces principes s'opposent notamment à ce que ladite obligation puisse conduire à déterminer ou à aggraver, sur le fondement d'une décision-cadre et indépendamment d'une loi prise pour la mise en oeuvre de celle-ci, la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions.

D'autre part, la Cour, conformément à la position adoptée dans l'arrêt Pfeiffer e.a., rappelle que le principe d'interprétation conforme ne peut pas servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national.

2-2 La mise en œuvre du droit communautaire devant le juge national

L'application du droit communautaire doit être assurée par les juges nationaux selon leurs règles propres et leur organisation juridictionnelle, conformément au principe de l'autonomie procédurale des États membres, encadrée par les principes d'équivalence et d'effectivité.

La Cour a fait application de ces principes en consacrant le droit des justiciables, d'une part, à bénéficier d'une protection juridictionnelle effective et, d'autre part, à obtenir la réparation des conséquences dommageables d'une violation du droit communautaire.

2-2-1 Le principe de protection juridictionnelle effective

Le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit communautaire qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Il a été consacré par les articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l'homme ainsi que par l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Il incombe aux juridictions des États membres, par application du principe de coopération énoncé à l'article 10 TCE, repris en substance par l'article 4, paragraphe 3 TUE, d'assurer la protection

juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit communautaire.

2-2-1-1 Le droit à une action autonome en annulation d'une disposition de droit national

La première obligation qui peut être déduite de cette exigence pour les États membres est de prévoir un système de voies de recours et des règles de procédure permettant d'assurer le respect de ce droit. Les justiciables doivent avoir accès au juge. Ils doivent avoir la possibilité d'intenter un recours contre une décision qui leur fait grief et qui a été prise en méconnaissance du droit communautaire.

La Cour a affirmé ce principe dans l'arrêt du [15 mai 1986, Johnston \(222/84, Rec. p. 1651\)](#). Mme Johnston, policier en Irlande du Nord, a contesté la décision de son administration de ne pas renouveler son contrat, faisant suite à la décision d'armer les policiers masculins uniquement, en réaction aux attentats commis contre les forces de l'ordre. Mme Johnston voulait se prévaloir de la directive 76/207, relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi et les conditions de travail, mais l'article 53 du Sex Discrimination Order prévoyait que les dispositions en matière de non-discrimination ne pouvaient pas être opposées à un acte pris pour sauvegarder la sécurité de l'État ou défendre l'ordre public.

La Cour a jugé que, en vertu de l'article 6 de la directive 76/207, interprété à la lumière du principe général du droit à un contrôle juridictionnel effectif, toute personne a droit à un recours devant une juridiction compétente contre les actes dont elle estime qu'ils portent atteinte à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes prévue par la directive 76/207 et qu'il appartient aux États membres d'assurer un tel contrôle afin de garantir l'application effective du droit communautaire.

La Cour a confirmé l'importance de ce principe général dans l'arrêt du [13 mars 2007, Unibet \(C-432/05\)](#), à propos de la question de savoir si le droit communautaire exige que l'ordre juridique d'un État membre prévoie une action autonome visant à faire déclarer une disposition de son droit national contraire au droit communautaire

Selon la Cour, le principe de protection juridictionnelle effective ne requiert pas, en tant que tel, l'existence d'un recours autonome tendant, à titre principal, à contester la conformité de dispositions nationales avec des normes communautaires, pour autant que le respect des principes d'équivalence et d'effectivité est assuré dans le cadre du système des recours internes.

S'agissant du principe d'équivalence, il est satisfait dès lors que le respect d'une norme communautaire peut être examiné dans le cadre d'un contrôle incident dans les mêmes conditions que le respect d'une norme nationale de rang supérieur, la juridiction chargée de trancher cette question incidente étant tenue de laisser inappliquée la disposition contestée si elle l'estime non conforme à la norme nationale ou communautaire.

En ce qui concerne le principe d'effectivité, il est également satisfait dès lors qu'un justiciable dispose de voies incidentes lui permettant de contester la conformité de la législation nationale litigieuse avec le droit communautaire, d'une part, dans le cadre d'une demande en réparation devant les juridictions de droit commun, d'autre part, dans le cadre d'une demande de dérogation à l'interdiction prévue par ladite loi nationale contestée.

En revanche, le principe d'effectivité ne serait pas satisfait si la seule voie de droit ouverte au justiciable était de s'exposer à des procédures administratives ou pénales.

2-2-1-2 Le droit d'obtenir la suspension de l'application de dispositions nationales jusqu'à la décision sur leur compatibilité avec le droit communautaire

Le principe de protection juridictionnelle effective des droits conférés aux justiciables par le droit communautaire requiert qu'il existe, dans l'ordre juridique des États membres, la possibilité d'obtenir la suspension, à titre provisoire, de l'application des dispositions nationales dont la conformité avec le droit communautaire est contestée, jusqu'à ce que la juridiction compétente se soit prononcée sur cette conformité (arrêt du [19 juin 1990, Factortame e.a.](#), C-213/89, Rec. p. I-2433).

Cette exigence, qui repose sur le principe de coopération énoncé à l'article 10 TCE (cf. désormais l'article 4, paragraphe 3 du TUE), s'inscrit dans la logique de l'arrêt du [9 mars 1978, Simmenthal](#).

L'absence de dispositions adéquates dans sa procédure nationale ne doit donc pas empêcher le juge national de suspendre, à titre provisoire, l'application d'une mesure nationale dont la conformité au droit communautaire fait l'objet d'une contestation.

2-2-1-3 Le sursis à l'exécution d'une disposition nationale prise en application d'un texte communautaire dont la légalité est contestée

Le juge national ne peut ordonner le sursis à l'application d'une mesure nationale portant exécution d'une disposition de droit communautaire que si les conditions suivantes sont remplies:

-la validité de cette disposition de droit dérivé doit faire l'objet d'une question préjudicielle en contrôle de validité;

-le juge national doit vérifier, premièrement, que la contestation de la validité de la disposition de droit communautaire présente un caractère sérieux, deuxièmement qu'il y a urgence, c'est-à-dire que l'application de cette disposition est de nature à créer un préjudice grave et irréparable au requérant et, troisièmement, que la mise en balance des intérêts en présence permet de surseoir à l'application du droit communautaire (arrêt du [21 février 1991, Zuckerfabrik](#), C 143/88 et C 92/89, Rec. p. I-415).

Seule une juridiction d'un État membre peut ordonner un tel sursis. Le fait que les conditions auxquelles est subordonnée la possibilité, pour un juge national d'un État membre, de surseoir à l'application d'un acte des institutions communautaires sont réunies, en particulier lorsque la question de la validité de cet acte litigieux a déjà été adressée à la Cour, n'autorise pas les autorités administratives compétentes des autres États membres à surseoir à l'application de cet acte contesté jusqu'à ce que la Cour ait statué sur sa validité (arrêt du [6 décembre 2005, Abna e.a.](#), C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04).

2-2-1-4 Le relevé d'office

Conformément au principe d'équivalence, dès lors que, en vertu de son droit national, une juridiction a l'obligation ou la faculté de soulever d'office les moyens de droit tirés d'une règle interne de nature contraignante, elle doit soulever d'office, dans le cadre de sa compétence, l'application des règles contraignantes du droit communautaire (arrêt du [14 décembre 1995, Van Schijndel et Van Veen](#), C 430/93 et C 431/93, Rec. p. I-4705). En d'autres termes, qui peut doit. Cette exigence a été rappelée très clairement dans l'arrêt du [12 février 2008, Kempter](#) (C-2/06).

Lorsque le droit national procédural ne prévoit pas cette possibilité, la Cour a jugé que cette obligation pouvait résulter du contenu de la norme communautaire pertinente, en ce qui concerne la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (arrêts du [27 juin 2000, Océano Grupo Editorial et Salvat Editores](#), C-240/98 à C-244/98, Rec. p. I-4941; du [21 novembre 2002, Cofidis](#), C-473/00, Rec. p.

I-10875; et du [26 octobre 2006, Mostaza Claro, C 168/05, Rec. p. I 10421](#)). Elle a étendu cette jurisprudence à la directive 87/102/CEE du Conseil, du 22 décembre 1986, en matière de crédit à la consommation, dans l'arrêt du [4 octobre 2007, Rampion \(C-429/05\)](#).

En dehors de ces cas de figure, la Cour a jugé que le principe d'effectivité n'impose pas aux juridictions nationales de soulever d'office un moyen tiré d'une disposition communautaire, indépendamment de l'importance de celle-ci pour l'ordre juridique communautaire, dès lors que les parties ont une véritable possibilité de soulever elles-mêmes un tel moyen (arrêt du [7 juin 2007, van der Weerd e.a., C 222/05 à C-225/05](#)).

Enfin, le droit communautaire n'impose pas aux juridictions nationales de soulever d'office un moyen tiré de la violation de dispositions communautaires, lorsque l'examen de ce moyen les obligerait à renoncer à la passivité qui leur incombe, en sortant des limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties et en se fondant sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application desdites dispositions a fondé sa demande (arrêt Van Schijndel et Van Veen, précité).

2-2-1-5 L'importance du contrôle sur le fond et la charge de la preuve

L'application effective du droit communautaire a également conduit la Cour à préciser, dans certains cas, l'importance du contrôle sur le fond devant être exercé par le juge national (voir, en matière de fraude à la TVA, arrêt du [18 décembre 1997, Molenheide, C 286/94, C 340/95, C 401/95 et C 47/96, Rec. p. I-7281](#)), ainsi que les règles en matière de charge de la preuve (voir, en matière de discrimination fondée sur le sexe, arrêt du [27 octobre 1993, Enderby, C-127/92, Rec. p. I-5535](#)).

2-2-1-6 Le renvoi préjudiciel

Conformément à l'article 267 [TFUE](#), le juge national peut saisir la Cour d'une question préjudicielle lorsqu'il a des doutes sur l'interprétation des traités, ou sur la validité ou l'interprétation d'un acte communautaire de droit dérivé. Cette possibilité devient une obligation lorsque sa décision n'est pas susceptible de recours en droit interne.

2-2-2 La réparation de la méconnaissance du droit communautaire

2-2-2-1 La remise en cause d'actes devenus définitifs

2-2-2-1-1 Un acte administratif définitif

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du [13 janvier 2004, Kühne et Heintz \(C-453/00\)](#), il s'agissait de savoir si une autorité administrative ayant pris une décision sur la base d'une interprétation du droit communautaire qui, à la lumière d'un arrêt préjudiciel rendu ultérieurement par la Cour, s'avère erronée, est tenue de revenir sur cette décision alors que celle-ci est devenue définitive.

Selon la Cour, le droit communautaire n'exige pas qu'un organe administratif soit, en principe, obligé de revenir sur une décision administrative ayant acquis un caractère définitif.

Toutefois, si le droit national prévoit la possibilité de revenir sur un acte administratif définitif, l'organe administratif concerné est tenu de réexaminer la décision litigieuse afin de tenir compte d'un arrêt préjudiciel postérieur.

Dans l'arrêt *Künhe et Heintz*, la Cour a cité plusieurs conditions, tirées des circonstances de l'espèce. Un organe administratif est ainsi tenu de réexaminer une décision administrative définitive afin de tenir compte de l'interprétation de la disposition pertinente par la Cour lorsque

- il dispose, selon le droit national, du pouvoir de revenir sur cette décision;
- la décision en cause est devenue définitive en conséquence d'un arrêt d'une juridiction nationale statuant en dernier ressort;
- ledit arrêt est, au vu d'une jurisprudence de la Cour postérieure à celui-ci, fondé sur une interprétation erronée du droit communautaire adoptée sans que la Cour ait été saisie à titre préjudiciel
- l'intéressé s'est adressé à l'organe administratif immédiatement après avoir pris connaissance de l'arrêt de la Cour.

La Cour a confirmé cette approche dans l'arrêt du [19 septembre 2006, i-21 Germany et Arcor & Co \(C-392/04 et C-422/04\)](#), dans un cas de figure dans lequel la décision administrative n'avait pas été contestée initialement.

Après avoir rappelé que, conformément au principe de sécurité juridique, le droit communautaire n'exige pas qu'un organe administratif soit, en principe, obligé de revenir sur une décision administrative ayant acquis un caractère définitif à l'expiration de délais de recours raisonnables ou par l'épuisement des voies de recours, elle expose que, si les règles nationales imposent de retirer un acte administratif illégal au regard du droit interne, bien que cet acte soit devenu définitif, lorsque le maintien de cet acte serait «tout simplement insupportable», la même obligation de retrait doit exister dans des conditions équivalentes en présence d'un acte administratif non conforme au droit communautaire.

Dans l'arrêt *Kempter*, la Cour a apporté les deux précisions suivantes. Premièrement, dans le cadre d'une procédure devant un organe administratif visant au réexamen d'une décision administrative devenue définitive en vertu d'un arrêt rendu par une juridiction de dernier ressort qui, au vu d'une jurisprudence de la Cour postérieure à celui-ci, s'avère fondé sur une interprétation erronée du droit communautaire, ce droit n'impose pas que le requérant au principal ait invoqué le droit communautaire dans le cadre du recours juridictionnel de droit interne qu'il a formé à l'encontre de cette décision. Deuxièmement, le droit communautaire n'impose aucune limite dans le temps pour introduire une demande visant au réexamen d'une décision administrative devenue définitive. Les États membres restent néanmoins libres de fixer des délais de recours raisonnables, en conformité avec les principes communautaires d'effectivité et d'équivalence.

2-2-2-1-2 Une décision judiciaire définitive

Dans l'arrêt du [16 mars 2006, Kapferer \(C-234/04\)](#), la Cour a jugé que le droit communautaire n'impose pas à une juridiction nationale de réexaminer et d'annuler une décision judiciaire devenue définitive, même s'il apparaît ultérieurement que cette décision est contraire au droit communautaire.

Cependant, dans l'arrêt du [18 juillet 2007, Lucchini \(C 119/05\)](#), elle a apporté une limite à ce principe, en décidant que le droit communautaire s'oppose à l'application d'une disposition du droit national visant à consacrer le principe de l'autorité de la chose jugée, en tant que son application fait obstacle à la récupération d'une aide d'État octroyée en violation du droit communautaire, et dont l'incompatibilité avec le marché commun a été constatée par une décision de la Commission devenue définitive.

2-2-2-2 La répétition de l'indu

2-2-2-2-1 Le remboursement par l'État membre d'une somme perçue en violation du droit communautaire

Lorsqu'un particulier a, en violation du droit communautaire, été contraint de payer une somme aux autorités nationales, le principe d'effectivité du droit communautaire implique que cette somme lui soit remboursée. Toutefois, dans la plupart des États membres, les actions en remboursement contre l'État font l'objet de délais de prescription.

La compatibilité de tels délais avec le droit communautaire a été admise par la Cour comme constituant une application du principe de sécurité juridique qui protège à la fois le contribuable et les administrations concernées. Cependant, la Cour subordonne cette compatibilité au respect des principes d'équivalence et d'effectivité, en affirmant que les modalités procédurales de recouvrement des sommes indûment perçues ne peuvent ni être moins favorables que celles régissant des recours similaires de nature interne ni être aménagées de manière à rendre impossible en pratique l'exercice des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder (arrêt du [28 novembre 2000, Roquette Frères, C-88/99, Rec. p. I-10465](#)).

2-2-2-2-2 Le recouvrement par un État membre de fonds communautaires alloués indûment

De même, le recouvrement, par un État membre, d'une aide communautaire (aide versée dans le cadre d'une organisation commune de marché, ou aide attribuée dans le cadre des fonds structurels) indûment versée à un opérateur économique, doit être effectué selon les règles du droit national, sous réserve des principes d'équivalence et d'effectivité.

La Cour a admis que les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime du bénéficiaire de l'aide dans la régularité de l'octroi de cette aide doivent être pris en compte lorsque ce bénéficiaire est de bonne foi, de même que l'intérêt de la Communauté à la récupération d'une aide indûment versée.

2-2-2-3 La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire

Lorsque les principes d'interprétation conforme et d'exclusion de la norme nationale contraire ne permettent pas de faire bénéficier les particuliers des droits que leur confère le droit communautaire, il leur reste la possibilité d'engager la responsabilité de l'État

La Cour a consacré le principe de la responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire dans l'arrêt du [19 novembre 1991, Francovich et Bonifaci \(C-6/90 et C-9/90\)](#), dans l'hypothèse d'une directive non transposée et dont les dispositions n'étaient pas suffisamment claires pour être directement applicables.

La responsabilité de l'État membre est subordonnée à trois conditions : premièrement, le résultat prescrit par la norme violée doit comporter l'attribution de droits au profit de particuliers; deuxièmement, la violation doit être suffisamment caractérisée et, troisièmement, il doit exister un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées.

Dans l'arrêt du [30 septembre 2003, Köbler \(C-224/01, Rec. p. I-10239\)](#), la Cour a admis que la

responsabilité des États membres pouvait également être engagée lorsque la violation du droit communautaire est imputable à une juridiction suprême.

La désignation de la juridiction compétente pour connaître de telles actions, de même que les modalités procédurales de celles-ci, relèvent de l'autonomie procédurale, sous réserve que les règles prévues à cet effet assurent une protection effective.

Les conditions dans lesquelles cette responsabilité peut être engagée sont identiques à celles dégagées dans l'arrêt *Francovich et Bonifaci*. En ce qui concerne la deuxième condition, selon laquelle la violation doit être suffisamment caractérisée, la Cour a indiqué qu'il convenait de tenir compte de la spécificité de la fonction juridictionnelle ainsi que des exigences légitimes de sécurité juridique, de sorte que la responsabilité de l'Etat ne saurait être engagée que «dans le cas exceptionnel où le juge a méconnu de manière manifeste le droit applicable».

Afin d'apprécier si cette condition est remplie, la Cour indique qu'il y a lieu de tenir compte de tous les éléments qui caractérisent la situation en cause, notamment le degré de clarté et de précision de la règle violée, le caractère délibéré de la violation, le caractère excusable ou inexcusable de l'erreur de droit, la position prise, le cas échéant, par une institution communautaire ainsi que l'inexécution, par la juridiction en cause, de son obligation de renvoi préjudiciel en vertu de l'article 234, troisième alinéa, CE.

Dans l'arrêt du [13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo* \(C-173/03\)](#), la Cour, reprenant les principes dégagés dans l'arrêt *Köbler*, en a déduit que ceux-ci s'opposent à une législation nationale qui exclut toute responsabilité de l'État membre pour les dommages causés aux particuliers du fait d'une violation du droit communautaire commise par une juridiction nationale statuant en dernier ressort lorsque cette violation résulte d'une interprétation des règles de droit ou d'une appréciation des faits et des preuves effectuée par cette juridiction.

Dans l'arrêt du [17 avril 2007, *A.G.M.-COS.MET* \(C-470/03\)](#), la Cour a jugé qu'un État membre pouvait être tenu d'indemniser le préjudice causé à un opérateur économique par les déclarations d'un fonctionnaire lorsque ces déclarations, en raison de leur forme et des circonstances, ont créé chez leurs destinataires l'impression qu'il s'agissait de prises de position officielles de l'État, et non pas d'opinions personnelles du fonctionnaire. L'élément déterminant pour que les déclarations d'un fonctionnaire soient imputées à l'État réside dans le point de savoir si les destinataires de ces déclarations peuvent raisonnablement supposer, dans le contexte donné, qu'il s'agit de positions que le fonctionnaire prend avec l'autorité de sa fonction.

3 Apport du droit communautaire au droit des sociétés

Les sociétés sont des acteurs clés du marché intérieur. Le droit des sociétés vise à améliorer l'efficacité de leur fonctionnement via un environnement juridique cohérent. La législation européenne en la matière vise à une harmonisation des règles. Elle porte notamment sur la publicité légale, la constitution et le capital des sociétés par actions, le référentiel comptable et le contrôle légal des comptes, les règles gouvernant les fusions et les scissions ou les droits des actionnaires de sociétés cotées. La possibilité d'exercer des activités dans un autre État membre que celui du lieu du siège ainsi que la mise en place d'une coopération transfrontalière effective apparaissent comme des évolutions essentielles. Dans le cadre de l'achèvement du marché unique, a été mis sur pied le concept de «société européenne», cette dernière est mieux adaptée aux dimensions d'entreprises établies dans plusieurs États membres, étant régie par le droit européen et non plus soumise simultanément à différents systèmes législatifs. Le statut de «société coopérative européenne

(SCE)» permet, de son côté, le développement des activités des coopératives à l'échelle européenne.

3-1 Contenu de la formation

Elle permettra notamment d'aborder les questions suivantes :

L'articulation du droit national et du droit communautaire dans le champ du droit des sociétés :

- Le recours aux instruments communautaires : champ d'intervention de l'Union européenne dans le domaine du droit des sociétés
- Les marges de manœuvre reconnues aux Etats membres dans l'application des normes et l'autonomie des droits nationaux : application directe, transposition, options laissées aux Etats membres
- Le rôle du juge national et du juge communautaire
- La problématique des activités transfrontalières et la détermination de la loi applicable : théorie du siège réel et de l'incorporation ; jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes ; incidence de l'admission de titres aux négociations sur un marché réglementé

Le rôle des différents acteurs dans la définition et la mise en application des règles :

- Le tripode Commission-Conseil-Parlement
- Le rôle des parties prenantes : les groupes d'experts mis en place à l'initiative de la Commission ; les consultations ; comment suivre et anticiper les grandes évolutions à venir du droit communautaire dans le domaine concerné
- Le développement de la comitologie : différents types de comités ; méthodes de travail, rôle et compétence des comités ; modalités d'application des normes issues de la comitologie
- La Cour de justice des communautés

Présentation de l'acquis communautaire en matière de droit des sociétés et perspectives d'évolution :

- La recherche d'harmonisation : les directives relatives au droit des sociétés

L'étude pratique des directives apparaît donc fondamentale en matière de droit des sociétés. Les principales directives dans ce domaine sont présentées ci-après avec une présentation synthétique pour les plus importantes.

3-2 Instruments

3-2-1 Textes

Directives et règlements relatifs au droit des sociétés

3-2-1-1 [Première directive 68/151/CEE](#) du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers.

Cette directive, qui s'applique à toutes les sociétés de capitaux, assure une information

sur les sociétés via une publicité obligatoire dont les conditions sont harmonisées. Cette publicité porte d'abord sur des informations juridiques, notamment, l'acte constitutif, les statuts s'ils en sont distincts, le capital souscrit, le bilan et le compte de profits et pertes de chaque exercice, le transfert du siège, toute décision judiciaire prononçant la nullité de la société, tout acte et toute décision concernant la durée, la dissolution et la liquidation de la société.

La publicité obligatoire s'étend aussi à la nomination, à la cessation des fonctions ainsi qu'à l'identité des personnes qui, en tant qu'organe légalement prévu ou membre de tel organe, ont le pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers et de la représenter en justice. Le même régime est prévu pour les personnes qui participent à l'administration, à la surveillance ou au contrôle de la société. Les mesures de publicité doivent préciser si les personnes qui ont le pouvoir d'engager la société peuvent le faire seules ou doivent le faire conjointement.

Les modes de publicité sont triples:

premièrement, l'ouverture d'un dossier au nom de toute société, dossier ouvert auprès d'un registre officiel;

deuxièmement, la publication dans un bulletin officiel national;

troisièmement, l'indication, dans les documents commerciaux, de la forme, du lieu du siège social, du registre d'inscription de la société et de son numéro d'inscription.

Il est interdit de se prévaloir à l'égard des tiers des informations qui n'ont pas fait l'objet de la publicité requise (principe de l'inopposabilité aux tiers des informations non publiées). Cette règle est nuancée en deux cas. D'abord, la preuve, apportée par la société, de la connaissance par les tiers des informations omises a pour conséquence l'opposabilité. Ensuite, en sens inverse, la preuve, apportée par des tiers, de leur impossibilité de connaître les informations publiées pendant les quinze premiers jours suivant la publication entraîne l'inopposabilité au profit des tiers.

La société est, en principe, responsable à l'égard des tiers des actes accomplis par ses organes (administrateur délégué, etc.). Ce principe doit cependant être nuancé. Les actes accomplis par les organes de la société sont inopposables aux tiers s'ils excèdent les pouvoirs que la loi permet d'attribuer aux organes. Enfin, si l'acte litigieux ne relève pas de l'objet social, il engage néanmoins la société sauf si le droit national compétent autorise la société à prouver que, dans le cas d'espèce, le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou ne pouvait l'ignorer.

Les directives organisent le régime des nullités: aucune nullité n'a lieu de plein droit: il faut une décision judiciaire.

Les cas de nullité sont impérativement déterminés par une énumération limitative (par exemple: le défaut d'acte constitutif ou un vice de constitution, un objet social illicite ou contraire à l'ordre public, l'inobservation des règles relatives à la libéralisation minimale du capital social, etc.).

La première directive a fait l'objet de plusieurs réformes, en particulier par la directive 2003/58/CE qui vise à faciliter et accélérer l'accès du public à l'information sur les sociétés, tout en simplifiant les formalités de publicité imposées à ces dernières. Elle permet ainsi de tirer pleinement parti des avantages offerts par les technologies modernes, puisque les sociétés peuvent désormais choisir de déposer les actes et

indications exigés sur support papier ou par voie électronique. Les parties intéressées peuvent alors obtenir une copie par l'un ou l'autre moyen. En outre, les sociétés continuent de publier leurs actes et indications dans la langue ou l'une des langues de leur État membre, mais ont également la possibilité de les publier volontairement dans d'autres langues de l'Union européenne, afin d'améliorer l'accès transfrontalier à l'information les concernant.

Contexte

La première directive 68/151/CEE du Conseil du 9 mars 1968 a été révisée afin de faciliter et d'accélérer l'accès des parties intéressées aux informations sur les sociétés, tout en simplifiant les formalités de publicité imposées à ces dernières.

3-2-1-2 [Deuxième directive 77/91/CEE](#) du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital ; **[directive 2006/68/CE](#)** du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 modifiant la directive 77/91/CEE du Conseil en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital.

Cette deuxième directive relative au droit des sociétés coordonne les dispositions nationales régissant la constitution des sociétés anonymes, les exigences minimales en capitaux propres, les distributions aux actionnaires et les augmentations et réductions de capital. Elle fixe les conditions nécessaires pour garantir le maintien du capital dans l'intérêt des créanciers. De plus, elle assure la protection des actionnaires minoritaires et formule le principe selon lequel tous les actionnaires dans une situation identique doivent être traités sur un pied d'égalité.

Elle s'applique aux sociétés anonymes et impose le respect de règles permettant d'assurer la protection des associés et des tiers, en énumérant les informations concernant la société (forme et dénomination de la société, objet social, etc.) qui doivent figurer dans les statuts ou dans l'acte constitutif de la société, ainsi que celles qui sont soumises au principe de publicité obligatoire (siège social, forme des actions, montant du capital souscrit, etc.), en organisant la constitution de la société (montant et composition du capital minimal souscrit; régime de l'émission et de la libération des actions; régime des apports à la société), les distribution des dividendes et bénéfices (aucune distribution ne peut avoir lieu si, à la date de la clôture du dernier exercice, l'actif net est inférieur au montant du capital souscrit), en prévoyant des dérogations en faveur des sociétés d'investissement à capital fixe. Elle définit la perte grave de capital souscrit et obligation dans ce cas de convoquer l'assemblée générale, ainsi que les condition de souscription par une société de ses propres actions (principe et dérogations; régime des participations croisées), des prêts et sûretés octroyés par une société, des augmentations et diminutions de capital et des conditions du rachat par une société de ses propres actions.

Afin d'éviter les détournements de la directive 77/91/CEE, la directive 92/101/CEE du Conseil vient la modifier en visant également les sociétés couvertes par la directive 68/151/CEE ainsi que celles relevant du droit d'un pays tiers et ayant une forme juridique comparable.

3-2-1-3 [Troisième directive 78/855/CEE](#) du Conseil, du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes et **[sixième directive 82/891/CEE](#)** du Conseil, du 17 décembre 1982, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g) du traité et concernant les scissions des sociétés anonymes.

Cette directive a pour objectif de régler les fusions entre sociétés anonymes dépendant d'un même État membre. La directive s'applique aux sociétés anonymes. Toutefois, les sociétés coopératives constituées sous forme de sociétés anonymes et celles qui sont en faillite (si la fusion doit les faire disparaître) peuvent être exclues par tout État membre du champ de la directive. Pour relever de la directive, la fusion doit se traduire par l'absorption d'une ou plusieurs sociétés par une autre ou de la constitution d'une nouvelle société.

Qu'il s'agisse d'une fusion par absorption ou par constitution d'une nouvelle société, le processus comporte trois étapes:

première étape: l'établissement d'un projet de fusion, acte écrit négocié par les organes d'administration ou de direction des sociétés fusionnantes. Ce projet contient un certain nombre obligatoire de mentions, parmi lesquelles les rapports d'échange des actions ainsi que les droits nouveaux des actionnaires. Ce projet doit être publié selon les modes prévus par la législation nationale;

deuxième étape: une délibération, au sein de chacune des sociétés, de l'assemblée des actionnaires tendant à se prononcer sur la décision de fusion. Une fois prise, la décision de fusion doit être, à son tour, publiée;

troisième étape: la réalisation de la fusion. Celle-ci emporte transmission universelle, entre les sociétés et à l'égard des tiers, du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, ou des sociétés fusionnantes à la société nouvelle.

Un régime de nullité de la fusion est établi afin de protéger les associés et les tiers. Les cas de nullité sont limités aux illégalités formelles (par exemple, défaut de contrôle préventif administratif ou judiciaire, de légalité, vice entachant la décision de l'assemblée, etc.). De plus, une série d'exigences restrictives entoure le prononcé et la mise en oeuvre de la nullité. Des dispositions spécifiques ont pour but de préserver les intérêts des travailleurs, des actionnaires et des créanciers de la société.

Cette directive a été réformée par la **[directive 2007/63/CE](#)** du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes.

3-1-2-4 [Quatrième directive 78/660/CEE](#) du Conseil, du 25 juillet 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés et **[septième directive 83/349/CEE](#)** du Conseil du 13 juin 1983 fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g) du traité, concernant les comptes consolidés.

3-1-2-5 [Huitième directive 2006/43/CE](#) du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, et abrogeant la directive 84/253/CEE du Conseil

3-1-2-6 [Onzième directive 89/666/CEE](#) du Conseil, du 21 décembre 1989, concernant la publicité des succursales créées dans un État membre par certaines formes de société relevant du droit

d'un autre État

La directive s'applique aux succursales de sociétés situées dans un État membre autre que celui où est située la société. Pour les succursales des sociétés situées dans un autre État membre, la succursale devra publier des documents qui contiendront:

l'adresse de la succursale;
l'objet des activités de la succursale;
le lieu et le numéro d'immatriculation de la société;
les informations sur les administrateurs de la société.

La succursale ne sera plus tenue de publier ses comptes, mais doit publier les comptes annuels et le rapport de gestion de la société tels qu'ils ont été contrôlés et publiés selon le droit de l'État membre dont la société relève.

Les succursales de sociétés établies dans un pays non membre de l'Union européenne, mais dont la forme juridique est comparable à celle de sociétés établies en son sein, devront publier des documents qui contiendront, notamment, les informations imposées aux succursales des sociétés établies dans la Communauté, ainsi que les informations suivantes:

la législation nationale à laquelle la société est soumise;
les statuts de la société;
la forme juridique de la société.

La succursale doit publier les comptes annuels et le rapport de gestion de la société. Ces documents comptables doivent avoir été établis soit en conformité avec la législation communautaire, soit de façon à être au moins équivalents à ceux établis de cette manière; ils doivent également avoir été certifiés conformément aux dispositions de la législation applicable à la société. En cas de non-conformité ou de non-équivalence, les États membres peuvent exiger l'établissement et la publicité des documents comptables se rapportant à l'activité de la succursale.

Les États membres doivent prévoir des sanctions appropriées en cas de défaut de publication des informations requises. Les dispositions de la directive relatives à l'obligation de publier les documents comptables ne doivent pas obligatoirement s'appliquer aux succursales des banques et autres institutions financières, ni aux compagnies d'assurances. La création d'une succursale est l'une des possibilités qui sont ouvertes à une société désireuse d'exercer son droit d'établissement dans un autre État membre. À cet égard, la Commission a relevé dans le domaine de la publicité un défaut de coordination, qui pourrait causer une certaine disparité sur le plan de la protection des associés et des tiers entre les sociétés qui opèrent dans d'autres États membres en créant des succursales et celles qui y opèrent en constituant des sociétés filiales. Cette directive a comme but d'établir des règles dans le domaine.

3-1-2-7 [Douzième directive 89/667/CEE](#) du Conseil, du 21 décembre 1989, en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé

Les mesures prescrites par la directive s'appliquent aux dispositions des États membres relatives aux sociétés à responsabilité limitée. La société peut avoir un associé unique lors de sa constitution, ainsi que par la réunion de toutes ses parts en une seule main (société unipersonnelle). Lorsque la société devient unipersonnelle par la réunion de toutes ses parts en une seule main, l'indication de ce fait ainsi que l'identité de l'associé unique doit soit être transcrite à un registre tenu auprès de la société et accessible au public, soit être versée au dossier ou transcrite au registre au sens de la directive 68/151/CEE du Conseil; L'associé

unique exerce les pouvoirs attribués à l'assemblée des associés. Les décisions de l'associé unique ainsi que les contrats conclus entre lui et la société représentée par lui sont inscrits sur un procès-verbal ou établis par écrit. Les États membres peuvent permettre la société unipersonnelle également pour la société anonyme. Dans ce cas, les dispositions de la directive s'appliquent.

3-1-2-8 [Directive 2005/56/CE](#) du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux

Cette directive a pour objectif de faciliter les fusions transfrontalières entre les sociétés de capitaux de l'Union européenne. Les mesures envisagées par l'UE à cet égard visent à réduire le coût de telles opérations, à en garantir la sécurité juridique et à permettre au plus grand nombre d'entreprises, surtout celles qui ne souhaitent pas constituer une Société européenne, d'en bénéficier. La directive, qui constitue un pas important dans les efforts de l'Union pour faire avancer la stratégie de Lisbonne, vise à identifier la loi applicable en cas de fusion à chacune des sociétés qui fusionnent. Une fois la nouvelle entité issue de la fusion créée, une seule législation nationale s'applique: celle de l'État membre où elle a établi son siège.

Champ d'application

La directive s'applique aux fusions de sociétés de capitaux:

constituées en conformité avec la législation d'un État membre, ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté, si deux d'entre elles au moins relèvent de la législation d'États membres différents. Les États membres peuvent décider de ne pas appliquer la directive aux fusions transfrontalières auxquelles participe une société coopérative, même lorsque celle-ci entre dans la notion de société de capitaux. Enfin, les sociétés dont l'objet est le placement collectif de valeurs mobilières (OPCVM) sont exclues de son champ d'application.

Procédures régissant les fusions transfrontalières

Les organes de direction ou d'administration de chacune des sociétés qui fusionnent doivent établir un projet commun de fusion transfrontalière. La directive définit dans une liste de douze éléments obligatoires le contenu minimum du projet commun, qui doit être publié, selon les modalités prévues par la législation de chaque État membre conformément à la directive sur la Publicité des sociétés de capitaux , au moins un mois avant la réunion de l'assemblée générale qui se doit prononcer à ce sujet. Les organes de direction ou d'administration des sociétés qui fusionnent préparent un rapport sur le projet de fusion transfrontalière, destiné aux associés et aux salariés, qui explique les aspects juridiques, économiques et les conséquences de la fusion transfrontalière. Un rapport d'expert indépendant est établi pour analyser la fusion. Ce rapport n'est pas nécessaire si tous les associés de chacune des sociétés participant à la fusion en décident ainsi. Le rapport d'expert ainsi que le rapport sur le projet de fusion transfrontalière doivent être disponibles au moins un mois avant la date de la réunion de l'assemblée générale. Sur la base des documents mentionnés ci-dessus, l'assemblée générale de chacune des sociétés qui fusionnent se prononce sur l'approbation du projet commun de fusion transfrontalière.

Contrôles de légalité

Chaque État membre désigne l'autorité compétente pour contrôler la légalité de la fusion transfrontalière pour la partie de la procédure relative à chacune des sociétés qui fusionnent et qui relèvent de sa législation nationale. Cette autorité délivre un certificat préalable à la fusion attestant l'accomplissement correct des actes et des formalités nécessaires pour la fusion. Chaque État membre désigne l'autorité compétente pour contrôler la légalité de la fusion transfrontalière pour la partie de la procédure relative à la fusion transfrontalière et, le cas échéant, à la constitution d'une nouvelle société issue de la fusion transfrontalière lorsque la société issue de la fusion transfrontalière relève de sa législation nationale. L'autorité indiquée devra contrôler que les sociétés concernées par la fusion ont approuvé le projet commun de fusion transfrontalière dans les mêmes termes.

Effets juridiques

Après les contrôles de légalité, la législation de l'État membre dont relève la société issue de la fusion transfrontalière détermine la date à laquelle la fusion prend effet, ainsi que les modalités de la publicité de la fusion dans le registre public. La radiation de l'ancienne immatriculation ne s'effectue pas avant la réception de la notification de la fusion transfrontalière.

Les fusions transfrontalières entraînent les effets suivants:

les sociétés absorbées, ou les sociétés qui fusionnent, cessent d'exister;
l'ensemble du patrimoine actif et passif des sociétés concernées par la fusion est transféré à la nouvelle entité (soit la société absorbante, soit la nouvelle société);
les associés des sociétés concernées deviennent associés de la nouvelle entité.
Lorsque la législation des États membres requiert des formalités particulières pour l'opposabilité aux tiers du transfert de certains biens, droits et obligations apportés par les sociétés qui fusionnent, la société issue de la fusion est responsable de ces formalités.

Participation des travailleurs

En ce qui concerne les droits de participation des travailleurs, le principe général veut que la législation nationale régissant la société issue de la fusion transfrontalière soit d'application. À titre d'exception, les principes et les modalités relatifs à la participation des travailleurs, fixés par le règlement et la directive sur la société européenne (SE), sont d'application dans les conditions suivantes:

si au moins une des sociétés qui participent à la fusion emploie pendant la période de six mois précédant la publication du projet de fusion transfrontalière un nombre moyen de travailleurs supérieur à 500 et est gérée selon un régime de participation des travailleurs;
si la législation nationale applicable à la société issue de la fusion transfrontalière ne prévoit pas au moins le même niveau de participation que celui qui s'applique aux sociétés concernées qui fusionnent, mesuré en fonction du nombre de membres des organes de direction qui gèrent les unités chargées d'atteindre des objectifs en termes de profit dans ces sociétés, à condition qu'il y ait une représentation des travailleurs;
si la législation nationale applicable à la société issue de la fusion transfrontalière ne prévoit pas que les travailleurs des établissements de la société issue de la fusion transfrontalière situés dans d'autres États membres puissent exercer les mêmes droits de participation que ceux dont bénéficient les travailleurs employés dans l'État membre où le siège statutaire de la société issue de la fusion transfrontalière est établi.
Dans le cadre de la « directive complétant le statut de la Société européenne en ce qui concerne l'implication des travailleurs », le seuil pour l'application des dispositions de

référence prévues pour la société européenne est porté à 33 1/3 % du nombre total de travailleurs dans toutes les sociétés participant à la fusion qui ont dû être gérées selon un régime quelconque de participation des travailleurs. Pour une période de trois ans après que la fusion transfrontalière a pris effet, les droits des travailleurs sont protégés en cas de fusions nationales ultérieures. Les dispositions relatives à la participation des travailleurs sont d'application en ce qui concerne toute fusion nationale subséquente à une fusion transfrontalière pour une période de trois ans après la prise d'effet de la fusion transfrontalière. La Commission avait dès 1984 présenté un projet de directive sur les fusions transfrontalières de sociétés anonymes [COM(1984) 727]. Ce projet a fait l'objet d'une longue et infructueuse négociation. La nouvelle proposition de directive s'est appuyée sur les dispositions du statut de la SE . La présente directive s'inscrit dans le cadre du plan d'action pour les services financiers (PASF) et constitue une mesure clé du plan d'action sur la modernisation du droit des sociétés et le renforcement du gouvernement d'entreprise .

3-1-2-9 [Directive 2007/36/CE](#) du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées.

Les actionnaires de sociétés cotées doivent pouvoir exercer effectivement leurs droits partout dans l'Union européenne. Dans ce but, la directive fixe des normes d'exigences communes concernant les droits des actionnaires de sociétés cotées dont les actions sont assorties de droit de vote en assemblée générale. La directive fixe des normes d'exigence minimale afin de faciliter l'exercice des droits des actionnaires dans les assemblées générales des sociétés cotées, notamment sur une base transfrontalière. Elle vise également à prendre en compte les possibilités que représentent les technologies modernes.

La directive s'applique à toutes les sociétés ayant leur siège social dans un État membre de l'Union européenne et dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé * . Les États membres peuvent cependant exclure du champ d'application de cette directive, les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), les sociétés dont l'objet exclusif est le placement collectif de capitaux recueillis auprès du public et les sociétés coopératives. En matière d'informations à communiquer préalablement à l'assemblée générale, les sociétés doivent:

envoyer la convocation au plus tard le vingt et unième jour précédant l'assemblée générale;
inclure dans la convocation les informations essentielles (date, lieu de l'assemblée générale, projet d'ordre du jour, description des procédures de participation et de vote, etc.);
publier sur le site Internet de la société la convocation, le texte complet des projets de résolution et les informations pratiques essentielles (nombre total d'actions et de droits de vote, documents destinés à être présentés, ou commentaire pour chaque point à l'ordre du jour, éventuellement formulaires de vote).

Les actionnaires, individuellement ou collectivement, doivent pouvoir inscrire des points à l'ordre du jour, entraînant un ordre du jour révisé, et déposer des projets de résolution. Ce droit peut toutefois être limité aux actionnaires détenant une participation minimale de 5 % du capital social. De plus, un délai unique pour l'exercice de ces droits doit être établi par l'État membre. Les actionnaires peuvent poser des questions sur les points à l'ordre du jour et la société est dans l'obligation de répondre aux questions posées. Ces droits, cependant, n'empêchent pas de prendre les mesures nécessaires à l'identification de l'actionnaire ou au bon déroulement de l'assemblée générale. Par cette directive, la participation et le vote des actionnaires à l'assemblée générale ne peuvent être soumis à aucune limitation particulière autre que la date d'enregistrement. Les personnes ayant la qualité d'actionnaire à la date d'enregistrement sont habilitées à voter lors de l'assemblée. Chaque État membre fixe une

seule date d'enregistrement s'appliquant à toutes les sociétés cotées immatriculées sur son territoire, bien qu'il puisse en exempter les sociétés qui émettent des actions nominatives et qui sont donc en mesure d'identifier tous leurs actionnaires le jour de l'assemblée. La date d'enregistrement ne peut précéder de plus de 30 jours l'assemblée générale et doit être au moins 8 jours après la date limite de convocation de l'assemblée.

Modalités de vote

Les États membres doivent supprimer toutes les restrictions à la participation des actionnaires aux assemblées générales par voie électronique. Chaque actionnaire peut voter par procuration en donnant une procuration à toute personne physique ou morale aux fins de participer à l'assemblée générale et d'y exercer ses droits en son nom. Les États membres suppriment toute restriction quant aux personnes qui peuvent être mandatées par un actionnaire, à l'exception de l'exigence de capacité juridique. Les États membres, cependant, peuvent imposer certaines restrictions ou obligations en cas de conflits d'intérêts potentiels entre le mandataire et l'actionnaire. Le nombre de mandataires et la période de leur désignation peuvent également être limités. Les États membres doivent autoriser les actionnaires à désigner (et révoquer) leur mandataire par voie électronique. Les États membres ne peuvent soumettre la validité d'une procuration à une exigence de forme autre que le fait que la procuration soit sous forme écrite. Lorsque le droit national soumet l'exercice du droit de vote à la divulgation préalable de certaines informations, celles-ci ne peuvent, dans le cas d'actionnaires agissant à titre professionnel pour un client, excéder ce qui est strictement nécessaire à l'identification du client et du nombre d'actions assorties du droit au vote détenues par ce client. Les États membres doivent autoriser les sociétés à offrir à leurs actionnaires la possibilité de voter par correspondance avant l'assemblée générale. Les sociétés doivent faire le décompte exact des votes pour chaque résolution. Toutefois, les États membres peuvent autoriser les sociétés, lorsqu'aucun actionnaire ne demande le décompte, à ne compter les votes que jusqu'à obtention de la majorité requise pour l'adoption de la résolution. Les sociétés doivent publier sur leur site Internet les résultats des votes en assemblée générale dans les quinze jours suivant l'assemblée.

Dans sa communication de 2003 intitulée «Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne - Un plan pour avancer» [COM(2003) 284 final], la Commission avait proposé des initiatives pour renforcer le droit des actionnaires des sociétés cotées et régler le problème du vote transfrontalier. La directive 2004/109/CE a permis d'apporter des éléments de réponse quant aux informations que les émetteurs doivent divulguer au marché. La présente directive vise à renforcer la protection des investisseurs en facilitant leur accès à l'information et l'exercice de leurs droits, notamment sur une base transfrontalière.

3-1-2-10 [Règlement \(CE\) n° 2157/2001](#) du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE) et **[directive 2001/86/CE](#)** du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs.

Ces documents ont pour but d'établir une « Société européenne » ayant son propre cadre juridique. Celui-ci autorise les sociétés constituées dans des États membres différents à fusionner ou à former une société holding ou une filiale commune, tout en évitant les contraintes juridiques et pratiques qui résultent d'ordres juridiques différents. Ce cadre juridique prévoit également l'implication des salariés dans la société européenne, en reconnaissant leur place et leur rôle dans l'entreprise.

La Société européenne (désignée sous son nom latin de "Societas Europaea" ou SE)

devient maintenant une réalité quelque 30 ans après une première proposition. Cette nouvelle législation devra entrer en vigueur en 2004. En effet, l'accord sur la SE est l'une des priorités identifiées par le Plan d'action pour les services financiers (PASF).

Constitution

Quatre modes de constitution d'une SE sont prévus: la constitution par fusion, la constitution par création d'une société holding, la constitution sous forme de filiale commune et la transformation d'une société anonyme de droit national. La fusion est limitée aux sociétés anonymes d'États membres différents. La création d'une société européenne holding est ouverte aux sociétés anonymes et aux SPRL ayant une présence communautaire, soit des sièges dans des États membres différents ou des filiales ou succursales dans des pays autres que leur siège. La constitution d'une SE sous forme de filiale commune est ouverte à toute entité de droit public ou privé suivant les mêmes critères.

Capital minimal

La SE a un capital minimal de 120 000 euros. Un capital plus élevé exigé des sociétés dans certains secteurs par des États membres s'applique également aux SE de cet État.

Siège

Le siège de la SE, fixé par les statuts (siège statutaire), doit correspondre au lieu où se trouve son administration centrale, c'est-à-dire à son siège réel. La SE peut facilement transférer son siège à l'intérieur de la Communauté sans devoir -comme c'est le cas actuellement - dissoudre l'entreprise dans un État membre pour en créer une nouvelle dans un autre État membre.

Normes applicables

La hiérarchie de normes applicables à la SE est clarifiée.

Immatriculation et liquidation

L'immatriculation et la clôture de la liquidation d'une SE sont publiées pour information au Journal officiel des Communautés européennes. Toute société européenne est immatriculée dans l'État du siège dans un registre désigné par la législation de cet État.

Statuts

Les statuts de la société européenne prévoient comme organes l'assemblée générale des actionnaires et, soit un organe de direction et un organe de surveillance (système dualiste), soit un organe d'administration (système moniste).

En ce qui concerne le système dualiste, l'organe de direction assure la gestion de la société européenne. Le ou les membres de l'organe de direction ont le pouvoir d'engager la société européenne à l'égard des tiers et de la représenter en justice. En outre, ils sont nommés et révoqués par l'organe de surveillance. Les fonctions de membre de l'organe de direction et de membre de l'organe de surveillance ne peuvent être exercées simultanément dans la même SE. Toutefois, l'organe de surveillance peut, en cas de vacance, désigner un de ses membres pour exercer les fonctions de membre de l'organe de direction. Au cours de cette période, les fonctions de l'intéressé en sa qualité de

membre de l'organe de surveillance sont suspendues.

En ce qui concerne le système moniste, l'organe d'administration assure la gestion de la société européenne. Le ou les membres de l'organe d'administration ont le pouvoir d'engager la société européenne à l'égard des tiers et de la représenter en justice. Seule, la gestion de la société européenne peut être déléguée par l'organe d'administration à un ou plusieurs de ses membres.

Les opérations suivantes requièrent l'autorisation de l'organe de surveillance ou une délibération de l'organe d'administration:

tout projet d'investissement dont le volume est supérieur au pourcentage du capital souscrit; la création, l'acquisition, l'aliénation ou la liquidation d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, lorsque le prix d'achat ou le produit de la vente est supérieur au pourcentage du capital souscrit; le recours au crédit ou l'octroi de crédits, l'émission d'obligations et la reprise ou le cautionnement d'engagements de tiers, lorsque l'opération globale est supérieure au pourcentage du capital souscrit; la passation de contrats de livraison et de prestation lorsque le chiffre d'affaires global qui y est prévu est supérieur au pourcentage du chiffre d'affaires du dernier exercice commercial; le pourcentage visé aux tirets susmentionnés est fixé par les statuts. Il ne peut être inférieur à 5 % ni supérieur à 25 %.

Comptes annuels

La société européenne établit des comptes annuels comprenant le bilan, le compte des profits et pertes ainsi que l'annexe et un rapport de gestion contenant un exposé sur l'évolution des affaires et la situation de la société et, le cas échéant, des comptes consolidés.

Fiscalité

Sur le plan fiscal, la SE est traitée comme n'importe quelle multinationale c'est-à-dire qu'elle est soumise au régime fiscal de la législation nationale applicable au niveau de la société comme de ses succursales. Les SE restent assujetties aux impôts et taxes de tous les États membres où leurs établissements stables sont situés. En ce sens, leur statut fiscal n'est pas parfait, faute d'une harmonisation européenne suffisante en la matière.

Dissolution

La dissolution, la liquidation, l'insolvabilité et la cessation des paiements sont dans une large mesure couvertes par la loi nationale applicable. Le transfert du siège en dehors de la Communauté entraîne la dissolution de la SE à la demande de tout intéressé ou de toute autorité compétente.

DIRECTIVE COMPLÉTANT LE STATUT DE LA SOCIÉTÉ EUROPÉENNE POUR CE QUI CONCERNE L'IMPLICATION DES TRAVAILLEURS

Définition

"Participation des salariés": celle-ci ne se fait pas au niveau de la gestion journalière relevant de la compétence de la direction, mais au niveau de la surveillance et du développement des stratégies de l'entreprise.

Participation

Plusieurs modèles de participation sont possibles: d'abord, le modèle intégrant les travailleurs au sein de l'organe de surveillance ou de l'organe d'administration; ensuite, le modèle de l'organe distinct représentant les travailleurs de la société européenne et, finalement, les autres modèles qui sont à établir par voie d'accord conclu entre les organes de direction ou d'administration des sociétés fondatrices et les travailleurs de la société, tout en respectant le niveau d'information et de consultation prévu pour le modèle de l'organe distinct. Aucune SE ne peut être constituée par l'assemblée générale tant qu'un modèle de participation décrit par la directive n'a pas été choisi.

Des locaux, des moyens matériels et financiers ainsi que d'autres facilités doivent être mis à la disposition des représentants des salariés pour leur permettre l'exercice de leurs fonctions.

Si un arrangement satisfaisant n'est pas trouvé entre les deux parties, un ensemble de principes standard énoncés dans une annexe de la directive s'applique alors.

Dans le cas d'une société européenne issue d'une fusion, les principes standard concernant la participation des travailleurs s'appliqueront si 25 % au moins des salariés bénéficiaient d'un droit de participation aux décisions avant la fusion. C'est sur ce point qu'un accord politique s'était avéré impossible jusqu'au sommet de Nice de décembre 2000. Le compromis adopté par les chefs d'État et de gouvernement permet à un État membre de ne pas appliquer la directive aux SE constituées dans le cadre d'une fusion, auquel cas la SE ne pourra être immatriculée dans l'État membre considéré que pour autant, soit qu'un accord soit conclu entre la direction et les salariés, soit qu'aucun salarié de la SE n'ait bénéficié d'un droit de participation avant la création de la SE.

Contrats de travail et retraite

Les contrats de travail et les retraites ne sont pas couverts par la directive. En ce qui concerne les régimes de prévoyance professionnelle, les SE bénéficient des dispositions prévues dans la proposition de directive sur les institutions de retraite professionnelle, présentée par la Commission au mois d'octobre 2000, notamment en ce qui concerne la possibilité d'instaurer un régime de retraite unique pour tous leurs salariés dans l'Union européenne.

3-1-2-11 [Règlement \(CEE\) n° 2137/85](#) du Conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE).

Ce règlement a pour objectif de créer une nouvelle entité juridique fondée sur le droit européen, afin de faciliter et d'encourager la coopération transfrontalière. Un groupement européen d'intérêt économique ne peut être formé que dans le respect des règles établies par le règlement décrit ci-après. Ce groupement aura pour objectif de faciliter ou de développer les activités économiques de ses membres par la mise en commun de ressources, d'activités et de compétences. Cette mise en commun doit permettre d'obtenir de meilleurs résultats que par des activités menées isolément. Ce groupement n'a pas pour but de réaliser des bénéfices pour lui-même. S'il réalise des bénéfices, ceux-ci sont répartis entre les membres et taxés en conséquence. Ses activités doivent présenter un lien avec l'activité économique des membres, sans pouvoir les remplacer. Un GEIE ne peut employer plus de 500 personnes. Un GEIE peut être constitué par des sociétés et autres entités

juridiques, de droit public ou privé, constituées conformément au droit d'un État membre et ayant leur siège dans la Communauté. Il peut également être constitué par des personnes physiques exerçant dans la Communauté des activités industrielles, commerciales, artisanales, agricoles, de profession libérale ou d'autres services.

Un GEIE doit compter au moins deux membres relevant d'États membres différents. Le contrat de GEIE contiendra obligatoirement le nom, le siège et l'objet de ce groupement, le nom, le numéro et le lieu d'immatriculation, s'il y a lieu, de chaque membre du groupement, et la durée du groupement si elle n'est pas indéterminée. Ce contrat devra être déposé auprès d'un registre à désigner par chacun des États membres. Cette immatriculation confère au GEIE pleine capacité juridique dans toute la Communauté. Un avis annonçant la création ou la liquidation d'un GEIE doit être publié dans le Journal officiel des Communautés européennes (séries C et S). Le siège d'un groupement doit se situer dans la Communauté. Il peut être transféré d'un État membre à un autre sous certaines conditions. Chaque membre d'un GEIE disposera d'une voix au moins. Cependant, le contrat de groupement peut accorder plus d'une voix à certains membres, pour autant qu'aucun d'entre eux ne détienne la majorité des voix. Le règlement énumère les décisions qui doivent être prises à l'unanimité. Le GEIE doit comporter au moins deux organes: ses membres agissant collégalement ainsi que le ou les gérants. Le gérant, ou chacun des gérants s'ils sont plusieurs, représente et engage le GEIE vis-à-vis des tiers, même lorsque ses actes n'entrent pas dans l'objet du groupement. Le GEIE ne peut pas effectuer d'appels publics à l'épargne. Un GEIE ne doit pas nécessairement être formé avec un capital. Ses membres sont libres de recourir à d'autres modes de financement. Les bénéficiaires du GEIE seront considérés comme bénéficiaires des membres et répartis entre eux conformément à la clause prévue à cette fin dans le contrat ou, à défaut d'une telle clause, par parts égales. Les bénéfices ou pertes d'un GEIE seront imposables au niveau de ses membres. En contrepartie de la liberté contractuelle qui est à la base du GEIE et de l'absence d'obligation pour ses membres de fournir un capital minimal, chaque membre du GEIE est indéfiniment et solidairement responsable des dettes contractées par le GEIE.

Ce règlement répond à la nécessité d'un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté et à l'établissement d'un marché commun offrant des conditions analogues à celles d'un marché national. Pour cela, et aussi pour réduire les difficultés d'ordre juridique, fiscal ou psychologique que les personnes physiques, sociétés et autres entités rencontrent en coopérant par-delà les frontières, l'UE a décidé de créer un instrument juridique approprié au niveau communautaire sous la forme d'un groupement européen d'intérêt économique.

Directives et règlements financiers.

3-1-2-12 [Directive 2004/109/CE](#) du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé

3-1-2-13 [Directive 2004/39/CE](#) du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil

3-1-2-14 [Directive 2004/25/CE](#) du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition

L'Union européenne souhaite offrir aux entreprises européennes une plus grande sécurité juridique face aux offres publiques d'acquisition (OPA) * tout en protégeant les intérêts des actionnaires (et notamment des actionnaires minoritaires), des salariés et de toute autre partie intéressée. Par voie de directive, elle instaure des règles transparentes, communes à toute l'Union européenne, en matière d'OPA transfrontières, et ce au bénéfice de toutes les parties concernées. Ainsi, elle renforce par exemple les règles d'information des actionnaires sur les offres proposées (période d'acceptation, contrepartie, financement de l'offre...). Elle favorise également la restructuration des entreprises, de manière à contribuer à rendre le marché européen plus compétitif.

Cette directive vise à établir des lignes directrices minimales pour la conduite des OPA s'agissant des titres de sociétés régies par le droit des États membres, lorsque certains ou l'intégralité de ces titres relèvent du marché réglementé. Elle vise également à fournir un niveau de protection adéquat aux détenteurs des titres au sein de la Communauté, en établissant un cadre de principes communs et d'exigences générales que les États membres doivent mettre en œuvre au travers de règles plus détaillées, en conformité avec leurs systèmes nationaux et leurs contextes culturels. Les États membres devront transposer cette directive au plus tard deux ans après son entrée en vigueur.

Champ d'application

La directive prévoit des mesures de coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives, des codes de pratiques ou autres dispositions des États membres, y compris les dispositions établies par des organisations officiellement habilitées à réglementer les marchés (ci-après dénommés « règles »), concernant les OPA de titres d'une société relevant du droit d'un État membre, lorsque tout ou partie de ces titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé au sens de la directive 93/22/CEE dans un ou plusieurs États membres (ci-après dénommé « marché réglementé »). La directive ne s'applique pas aux OPA de titres émis par des sociétés dont l'objet est le placement collectif des capitaux recueillis auprès du public, dont le fonctionnement est soumis au principe de la répartition des risques et dont les parts sont, à la demande des détenteurs, rachetées ou remboursées, directement ou indirectement, à charge des actifs de ces sociétés. Est assimilé à de tels achats ou remboursements le fait pour ces sociétés d'agir afin de garantir que la valeur en bourse de leurs parts ne s'écarte pas sensiblement de leur valeur d'inventaire nette. Enfin, la directive ne s'applique pas aux OPA de titres émis par les banques centrales des États membres.

Principes généraux

Les États membres veillent à ce que les principes suivants soient respectés:

égalité de traitement pour tous les détenteurs de titres de la société visée * ; si une personne acquiert le contrôle d'une société, les autres détenteurs doivent être protégés; les personnes auxquelles l'offre est adressée doivent disposer des délais et des informations nécessaires afin qu'elles puissent prendre une décision suffisamment fondée concernant l'offre; lorsqu'il conseille les détenteurs de titres, l'organe d'administration ou de direction de la société visée doit présenter son avis sur les répercussions de la mise en œuvre de l'offre sur l'emploi, les conditions d'emploi et les sites d'activité de la société;

l'organe d'administration ou de direction de la société visée doit agir dans l'intérêt de la société considérée dans son ensemble et ne peut refuser aux détenteurs de titres la possibilité de décider des mérites de l'offre;

il ne doit pas se créer de faux marchés pour les titres de la société visée, de l'offrant * ou de toute autre société concernée par l'offre de sorte que la hausse ou la baisse des cours des titres devienne artificielle et que le fonctionnement normal du marché soit perturbé; un offrant ne doit annoncer une offre qu'après s'être assuré qu'il peut fournir entièrement la contrepartie en espèces, si une telle contrepartie a été offerte, et après avoir pris toutes les mesures raisonnables pour assurer la fourniture de tout autre type de contrepartie; la société visée ne doit pas être gênée au-delà d'un délai raisonnable dans ses activités en raison d'une offre concernant ses titres.

Les États peuvent prévoir des conditions supplémentaires et des dispositions plus strictes que celles qui sont prévues par la directive pour réglementer les offres.

Autorité de contrôle et droit applicable

Les États membres désignent l'autorité ou les autorités compétentes pour le contrôle d'une offre. Les autorités ainsi désignées sont des autorités publiques, des associations ou des organismes privés reconnus par le droit national ou par des autorités publiques expressément habilitées à cette fin par le droit national. Les États membres informent la Commission de ces désignations. Les États veillent à ce que ces autorités exercent leurs fonctions de manière impartiale et indépendante par rapport à toutes les parties de l'offre. L'autorité compétente pour le contrôle de l'offre est celle de l'État membre dans lequel la son siège social, lorsque les titres de cette société sont admis à la négociation sur un marché réglementé de cet État membre. Dans tous les autres cas (les titres ne sont pas admis ou ils le sont mais sur plusieurs marchés réglementés ou autre...), la directive fournit une réponse permettant de définir l'autorité compétente pour le contrôle. Les États membres veillent à ce que toutes les personnes travaillant ou ayant travaillé auprès de leurs autorités de contrôle soient tenues au secret professionnel. Les autorités de contrôle et les autorités chargées de contrôler les marchés des capitaux coopèrent et se communiquent des informations. Ces informations sont couvertes par le secret professionnel.

Protection des actionnaires minoritaires, offre obligatoire et prix équitable.

Lorsqu'une personne physique ou morale détient, à la suite d'une acquisition faite par elle-même ou par des personnes agissant de concert * avec elle, des titres d'une société lui conférant un pourcentage déterminé de droits de vote dans cette société et lui donnant le contrôle de cette société, les États membres veillent à ce que cette personne soit obligée de faire une offre en vue de protéger les actionnaires minoritaires de cette société. Cette offre est adressée dans les plus brefs délais à tous les détenteurs de ces titres et porte sur la totalité de leur participation au prix équitable. L'obligation de lancer une telle offre n'est plus nécessaire lorsque le contrôle a été acquis à la suite d'une offre volontaire faite à tous les détenteurs de titres pour la totalité de leurs participations. Le pourcentage de droits de vote conférant le contrôle et son mode de calcul sont fixés par la réglementation de l'État membre dans lequel la société a son siège social. Les autorités de contrôle peuvent être autorisées par les États membres à modifier le prix équitable dans des circonstances et selon des critères clairement déterminés. Cette décision doit être motivée et rendue publique. L'offrant peut proposer différentes contreparties à savoir des titres, des espèces ou une combinaison des deux. S'il ne s'agit pas de titre liquides admis à la négociation sur un marché réglementé, la contrepartie

doit porter, à titre d'option, sur des espèces. Les États membres peuvent prévoir qu'une contrepartie en espèces doit être offerte dans tous les cas, au moins à titre d'option.

Information sur l'offre

Les États membres veillent à ce que la décision de faire une offre soit rendue publique sans délai et à ce que l'autorité de contrôle soit informée de cette offre. Ils veillent également à ce que l'offrant ait l'obligation d'établir et de rendre public en temps utile un document d'offre contenant les informations nécessaires pour que les détenteurs de titres de la société visée puissent prendre une décision sur l'offre en toute connaissance de cause. La directive expose les indications que le document d'offre doit au minimum comporter. On y retrouve, notamment, la teneur de l'offre, l'identité de l'offrant, la contrepartie offerte, le pourcentage ou le nombre maximal et minimal de titres que l'offrant s'engage à acquérir; mais aussi les conditions auxquelles l'offre est subordonnée, les intentions de l'offrant quant à la poursuite de l'activité de la société visée, la période d'acceptation ou encore la législation nationale qui régira le contrat.

Droits des salariés

La directive prévoit une obligation d'informer en détails les salariés ou les représentants de la société visée par l'OPA. Elle étend même cette obligation d'informer ou de consulter les salariés à la société offrante. Par ailleurs, elle indique expressément que l'information et la consultation des travailleurs doit répondre aux dispositions nationales pertinentes et aux différentes dispositions communautaires en la matière, telles que la directive 94/45/CE concernant les comités d'entreprise européens, la directive 98/59/CE sur les licenciements collectifs et la directive 2002/14/CE sur l'information et la consultation des salariés .

Période d'acceptation

Les États membres prévoient que la période d'acceptation de l'offre ne peut être ni inférieure à deux semaines ni supérieure à dix semaines à compter de la date de publication du document d'offre. Dans certaines conditions, les États membres peuvent prévoir que la période de dix semaines peut être prolongée.

Obligation de l'organe d'administration ou de direction de la société visée

Bien que la directive prévoie un dispositif en la matière, elle laisse aux États membres le choix de l'appliquer ou non. Ainsi, la règle qui impose au conseil d'administration d'une société visée par une OPA d'avoir un accord préalable de ses actionnaires avant de prendre des mesures de défense est facultative pour les États membres. Ces derniers laissent aux sociétés le choix d'appliquer cette disposition.

Neutralisation des restrictions

La disposition relative à l'obligation de geler les droits spéciaux des associés à certaines actions (droit de vote multiple, droit de nomination, restrictions au transfert de titre) pendant l'OPA est également optionnelle pour les États membres. Ces derniers laissent aux sociétés le choix d'appliquer cette disposition. Les États membres doivent prévoir des règles régissant les offres au moins en ce qui concerne:

la caducité des offres;
la révision des offres;
la concurrence d'offres;
la publication des résultats des offres;
l'irrévocabilité des offres et les conditions autorisées.
Retrait obligatoire

La directive prévoit un dispositif de retrait obligatoire qui permet à un actionnaire très majoritaire d'obliger les actionnaires minoritaires à lui vendre leurs titres. En effet, les États membres doivent veiller à ce qu'un offrant puisse exiger de tous les détenteurs des titres restants qu'ils lui vendent ces titres à un juste prix.

Les États membres introduisent ce droit dans un des deux cas suivants:

lorsque l'offrant détient des titres représentant au moins 90 % des droits de vote de la société visée. Les États membres peuvent fixer un seuil plus élevé pour autant qu'il ne dépasse pas 95 % du capital assorti de droits de vote et 95 % des droits de vote;
ou

lorsque, à la suite de l'acceptation de l'offre, il a acquis ou s'est fermement engagé par contrat à acquérir des titres représentant au moins 90 % du capital assorti de droits de vote de la société visée et 90 % des droits de vote faisant l'objet de l'offre.
L'offrant qui souhaite exercer le droit de recourir au retrait obligatoire doit le faire dans un délai de trois mois après la fin de la période d'acceptation de l'offre. Les États membres veillent à ce qu'un juste prix soit garanti.

Rachat obligatoire

Le retrait obligatoire est combiné avec un droit de rachat obligatoire qui, à la suite d'une OPA, permet aux actionnaires minoritaires de contraindre un actionnaire très majoritaire de racheter leurs titres. En effet, les États membres doivent veiller à ce qu'un détenteur de titres restants puisse exiger de l'offrant qu'il rachète ses titres pour un juste prix. Les États membres disposent de deux ans pour transposer la directive (au plus tard le 20 mai 2006). Une clause de révision prévoit que la Commission puisse proposer une adaptation du texte cinq ans après la date limite de transposition et ce, à la lumière de l'expérience acquise dans le cadre de son application. Dans ce contexte, les États membres fournissent chaque année à la Commission des informations sur les OPA qui ont été lancées sur des sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur leurs marchés réglementés.

Cette directive constitue un volet essentiel du Plan d'action pour les services financiers . Le Conseil européen de Lisbonne (mars 2000) l'a par ailleurs placée parmi les principales priorités pour l'intégration des marchés européens financiers d'ici à 2005. La proposition de directive précédente sur les OPA avait été rejetée par le Parlement européen en juillet 2001, après 12 années de négociations. Une procédure de conciliation entre le Parlement et le Conseil des ministres s'était achevée par un compromis. Toutefois, le Parlement s'était ensuite divisé pour finalement rejeter le texte de compromis avec un partage parfait des voix. Ce rejet était essentiellement dû à trois éléments: les craintes suscitées par l'obligation faite aux dirigeants d'une société visée par une offre d'obtenir l'autorisation des actionnaires avant d'entreprendre toute action défensive contre cette offre; l'amalgame provoqué entre ce devoir dit « de neutralité » des dirigeants avec l'impossibilité pour la société cible de se défendre et, par

conséquent, la crainte d'ouvrir les portes des sociétés européennes aux sociétés américaines, ou tout simplement aux sociétés d'autres États membres; le regret de l'insuffisance de protection prévue dans cette directive pour les employés des sociétés impliquées dans une OPA. Suite au rejet de la proposition, la Commission a demandé à un Groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés, présidé par M. Jaap Winter, de présenter des suggestions afin de répondre aux questions soulevées par le Parlement européen. La directive actuelle tient largement compte des recommandations formulées par ce Groupe dans son rapport sur les questions liées aux OPA (pdf), publié en janvier 2002.

3-1-2-15 [Directive 2003/71/CE](#) du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant 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, et modifiant la directive 2001/34/CE.

3-1-2-16 [Règlement \(CE\) n° 809/2004](#) de la Commission du 29 avril 2004 mettant en œuvre la directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les informations contenues dans les prospectus, la structure des prospectus, l'inclusion d'informations par référence, la publication des prospectus et la diffusion des communications à caractère promotionnel.

3-1-2-17 [Règlement \(CE\) n° 211/2007](#) de la Commission du 27 février 2007 modifiant le règlement (CE) no 809/2004 mettant en œuvre la directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil, en ce qui concerne les informations financières à inclure dans le prospectus lorsque l'émetteur a un historique financier complexe ou a pris un engagement financier important (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

3-1-2-18 [Directive 2003/6/CE](#) du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché).

3-1-2-19 [Directive 2003/124/CE](#) de la Commission du 22 décembre 2003 portant modalités d'application de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la définition et la publication des informations privilégiées et la définition des manipulations de marché.

3-1-2-20 [Directive 2003/125/CE](#) de la Commission du 22 décembre 2003 portant modalités d'application de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la présentation équitable des recommandations d'investissement et la mention des conflits d'intérêts.

3-1-2-21 [Directive 2004/72/CE](#) de la Commission du 29 avril 2004 portant modalités d'application de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les pratiques de marché admises, la définition de l'information privilégiée pour les instruments dérivés sur produits de base, l'établissement de listes d'initiés, la déclaration des opérations effectuées par les personnes exerçant des responsabilités dirigeantes et la notification des opérations suspectes.

3-1-2-22 [Règlement \(CE\) n° 2273/2003](#) de la Commission du 22 décembre 2003 portant modalités d'application de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les dérogations prévues pour les programmes de rachat et la stabilisation d'instruments financiers

Recommandations

3-1-2-23 [Recommandation 2004/913/CE de la Commission](#) du 14 décembre 2004 encourageant la mise en oeuvre d'un régime approprié de rémunération des administrateurs des sociétés cotées.

3-1-2-24 [Recommandation 2005/162/CE de la Commission](#) du 15 février 2005 concernant le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées et les comités du conseil d'administration ou de surveillance.

3-1-2-25 [Recommandation 2007/657/CE de la Commission](#) du 11 octobre 2007 concernant le réseau électronique reliant les mécanismes officiellement désignés pour le stockage centralisé des informations réglementées, visé dans la directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil

3-2-2 Jurisprudence pertinente

Le transfert transfrontalier du siège social :

- [CJCE, 16 décembre 2008, C-210/06, Cartesio](#), rappelant qu'en l'état actuel du droit communautaire, les articles les articles 43 CE (maintenant 49 TFUE) et 48 CE (maintenant 54 TFUE) ne s'opposent pas à une réglementation d'un État membre qui empêche une société constituée en vertu du droit national de cet État membre de transférer son siège dans un autre État membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'État membre selon la législation duquel elle a été constituée.

Liberté d'établissement et de prestation de services dans un Etat membre d'une société valablement constituée sous la loi d'un autre Etat membre :

- [CJCE, 9 mars 1999, C-212/97, Centros Ltd contre Erhvervs- og Selskabsstyrelsen](#), précisant que les articles 52 et 58 du traité CE, maintenant 59 et 65 du TFUE, s'opposent à ce qu'un État membre refuse l'immatriculation d'une succursale d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre État membre dans lequel elle a son siège sans y exercer d'activités commerciales lorsque la succursale est destinée à permettre à la société en cause d'exercer l'ensemble de son activité dans l'État où cette succursale sera constituée, en évitant d'y constituer une société et en éludant ainsi l'application des règles de constitution des sociétés qui y sont plus contraignantes en matière de libération d'un capital social minimal. L'arrêt indique toutefois que cette interprétation n'exclut pas que les autorités de l'État membre concerné puissent prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes, soit à l'égard de la société elle-même, le cas échéant en coopération avec l'État membre dans lequel elle est constituée, soit à l'égard des associés dont il serait établi qu'ils cherchent en réalité, par le biais de la constitution d'une société, à échapper à leurs obligations vis-à-vis de créanciers privés ou publics établis sur le territoire de l'État membre concerné.

Voir également :

- [CJCE, 13 décembre 2005, C-411/03, SEVIC Systems AG](#)
- [CJCE, 30 septembre 2003, C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contre Inspire Art Ltd](#)
- [CJCE, 5 novembre 2002, C 208/00, Überseering BV contre Nordic](#)

- [Construction Company Baumanagement GmbH \(NCC\)](#)
- [CJCE, 27 septembre 1988, C-81/87, The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue](#), ex parte Daily Mail and General Trust plc
- [CJCE, 10 juillet 1986, C-79/85, Segers contre Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen](#).

4. La “révolution” comptable

4-1 Contenu de la formation

- Le cadre comptable communautaire :
 - Les directives comptables (4^{ème} et 7^{ème} directives communautaires, champ d’application, principe d’harmonisation minimale)
 - Les réglementations sectorielles
 - Le règlement sur les IAS-IFRS et ses mesures d’exécution
 - Les conditions d’élaboration des règles et le rôle de nouveaux acteurs : rôle des instances communautaires et des Etats membres ; rôle de l’IFAC-IASB-IAASB et des autres instances de la comitologie
 - Le contrôle légal des comptes
- Intégration nationale :
 - La réception des règles comptables communautaires en droit national : transposition des directives d’harmonisation
 - Les IAS-IFRS : conditions et champ d’application ; interaction avec la réglementation nationale ; la problématique IAS-Droit
 - Les réglementations sectorielles
 - L’élaboration des comptes et états financiers et ses conséquences : responsabilité, transparence, comparabilité
 - Le contrôle légal des comptes
 - Les perspectives d’évolution

4-2 Instruments

- *Textes*

Directives et règlements

4-2-1 [Quatrième directive 78/660/CEE](#) du Conseil, du 25 juillet 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés.

Cette directive qui vient consolider un ensemble de directives,

Directive 83/349/CEE 29.06.1983 31.12.1987 JO L 193 du 18.07.1983

Directive 84/569/CEE 24.12.1984 - JO L 314 du 04.12.1984

Directive 89/666/CEE 03.01.1990 01.01.1992 JO L 395 du 30.12.1989

Directive 90/604/CEE 19.11.1990 01.01.1993 JO L 317 du 16.11.1990

Directive 90/605/CEE 20.11.1990 31.12.1992 JO L 317 du 16.11.1990

Directive 94/8/CE 25.03.1994 - JO L 82 du 25.03.1994
Directive 1999/60/CE (abrogée par la directive 2003/38/CE) 26.06.1999 - JO L 162 du 26.06.1999
Directive 2001/65/CE 16.11.2001 31.12.2003 JO L 283 du 27.10.2001
Directive 2003/38/CE 15.05.2003 - JO L 120 du 15/05/2003
Directive 2003/51/CE 17.07.2003 01.01.2005 JO L 178 du 17.07.2003
Directive 2006/43/CE 29.06.2006 29.06.2008 JO L 157 du 09.06.2006
Directive 2006/46/CE 05.09.2006 05.09.2008 JO L 224 du 16.8.2006

Cette directive coordonne les dispositions nationales des États membres concernant la structure et le contenu des comptes annuels et du rapport de gestion, les modes d'évaluation ainsi que la publicité de ces documents pour l'ensemble des sociétés de capitaux. Les comptes annuels comprennent le bilan, le compte de profits et pertes ainsi que l'annexe. Ces documents constituent un tout. Ces directives énoncent les principes qui régissent l'élaboration de ces documents.

Structure du bilan: la directive propose deux schémas de présentation du bilan et laissent aux États membres le choix entre les deux. Elles énoncent et commentent ensuite les différents postes du bilan.

Structure du compte de profits et pertes: elle propose plusieurs schémas de présentation du compte de profits et pertes et laissent le choix aux États membres. Elle précise ensuite certains postes.

La directive précise les principes généraux sur lesquels doivent se fonder les règles d'évaluation des postes figurant dans les comptes annuels: principe de prudence, principe de l'invariabilité des modes d'évaluation, etc. Elle énonce également les règles d'évaluation des postes. Celles-ci sont fondées sur le principe du prix d'acquisition ou du coût de revient. La directive énonce les informations qui doivent obligatoirement figurer dans l'annexe: informations sur les modes d'évaluation des postes, sur les entreprises dans lesquelles la société détient un certain pourcentage du capital, le montant des dettes de la société, le montant global des engagements financiers qui ne figurent pas dans le bilan, etc. Le rapport de gestion doit contenir l'exposé fidèle de l'évolution des affaires et de la situation de la société. En outre, il doit contenir des renseignements sur les événements importants survenus après la clôture de l'exercice, l'évolution prévisible de la société et les activités en matière de recherche et de développement de la société. La directive fixe certaines règles relatives à la publicité (documents à publier, etc.). Enfin, elle prévoit un régime de contrôle d'après lequel les sociétés doivent, notamment, faire contrôler les comptes annuels par une ou plusieurs personnes habilitées en vertu de la loi nationale au contrôle des comptes. Ces personnes doivent également vérifier la concordance du rapport de gestion avec les comptes annuels de l'exercice. Des régimes plus favorables sont prévus pour les petites et moyennes sociétés. Les États membres peuvent ainsi, par exemple, alléger leurs obligations en matière de publicité des comptes annuels ou dispenser les petites sociétés de faire contrôler leurs comptes.

4-2-2 Septième directive 83/349/CEE du Conseil du 13 juin 1983 fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g) du traité, concernant les comptes consolidés

Cette septième directive sur le droit des sociétés coordonne les législations nationales sur les comptes consolidés (comptes de groupes). Avec la quatrième directive sur les comptes annuels des sociétés de capitaux, elle appartient aux « directives comptables » qui constituent l'arsenal juridique communautaire en matière de comptabilité des sociétés. Le texte qui suit résume une consolidation des directives existantes en matière de comptes consolidés des sociétés de capitaux.

Directive 89/666/CEE 03.01.1990 01.01.1992 JO L 395 du 30.12.1989

Directive 90/604/CEE 19.11.1990 01.01.1993 JO L 317 du 16.11.1990

Directive 90/605/CEE 20.11.1990 31.12.1992 JO L 317 du 16.11.1990

Directive 2001/65/CE 16.11.2001 31.12.2003 JO L 283 du 27.10.2001

Directive 2003/51/CE 17.07.2003 01.01.2005 JO L 178 du 17.07.2003

Directive 2006/43/CE 29.06.2006 29.06.2008 JO L 157 du 09.06.2006

Directive 2006/46/CE 05.09.2006 05.09.2008 JO L 224 du 16.8.2006

L'entreprise mère et toutes ses entreprises filiales sont des entreprises à consolider lorsque soit l'entreprise mère, soit une ou plusieurs entreprises filiales sont organisées dans la forme d'une société de capitaux.

La directive énonce les conditions d'établissement des comptes consolidés. L'obligation d'établir des comptes consolidés est imposée à toute entreprise (entreprise mère) qui détient le pouvoir légal de contrôler une autre entreprise (entreprise filiale). Dans la plupart des cas, le pouvoir légal de contrôler s'exprime par la détention de la majorité des droits de vote. Les États membres ont la possibilité d'imposer également l'établissement de comptes consolidés dans d'autres cas où une entreprise mère détient seulement une participation minoritaire, mais où elle dispose d'un contrôle de fait. Elle fixe également les conditions d'exemption de cette obligation. Ce sont les montants exprimés en euros dans la directive 78/660/CEE qui servent de référence pour définir les petits groupes qui peuvent être totalement exemptés de l'obligation d'établir des comptes consolidés. Elle détermine les modes d'établissement des comptes consolidés:

les comptes consolidés comprennent le bilan consolidé, le compte de profits et pertes consolidé ainsi que l'annexe. Ces documents forment un tout. Ils doivent donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que des résultats de l'ensemble des entreprises comprises dans la consolidation;

les valeurs comptables des actions ou des parts dans le capital des entreprises comprises dans la consolidation sont compensées par la fraction des capitaux propres des entreprises comprises dans la consolidation qu'elles représentent. Cette compensation se fait sur la base des valeurs comptables existant à la date à laquelle cette entreprise est incluse pour la première fois dans la consolidation; ils sont établis à la même date et selon le même mode d'évaluation que les comptes annuels de l'entreprise mère.

Contenu de l'annexe. La directive énonce les informations qui doivent obligatoirement figurer dans l'annexe: informations sur les modes d'évaluation des postes, nom et siège des entreprises comprises dans la consolidation, montant global des dettes, etc.

La directive précise le contenu du rapport consolidé de gestion. Celui-ci doit contenir au moins un exposé fidèle sur l'évolution des affaires et la situation de l'ensemble des entreprises comprises dans la consolidation, ainsi que certaines informations relatives

aux entreprises elles-mêmes (nombre et valeur nominale des actions, etc.). La directive prévoit un régime de contrôle selon lequel l'entreprise qui établit les comptes consolidés doit les faire contrôler par une ou plusieurs personnes habilitées au contrôle des comptes, en vertu du droit de l'État membre dont cette entreprise relève. La ou les personnes chargées du contrôle des comptes consolidés doivent également vérifier la concordance du rapport de gestion consolidé avec les comptes consolidés de l'exercice. Les directives fixent enfin certaines règles relatives à la publicité. Les comptes consolidés ainsi que le rapport de gestion et le rapport de contrôle doivent faire l'objet d'une publicité conformément aux règles de la première directive.

4-2-3 [Huitième directive 2006/43/CE](#) du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, et abrogeant la directive 84/253/CEE du Conseil

En établissant des règles concernant l'harmonisation de la fonction de contrôle légal des comptes annuels et des comptes consolidés, la présente directive vise à améliorer la crédibilité de l'information financière et à renforcer la protection de l'Union européenne (UE) contre des scandales financiers. Elle contient, entre autres, des dispositions en ce qui concerne le contrôle prudentiel public, l'obligation d'assurance qualité externe, les devoirs des contrôleurs légaux des comptes, l'utilisation de normes internationales, ainsi que des principes en matière d'indépendance des contrôleurs. En plus, la directive met en place la base d'une coopération entre les régulateurs de l'UE et ceux des pays tiers.

La présente directive vise à renforcer et à harmoniser la fonction de contrôle légal dans les États membres de l'Union européenne (UE). Elle clarifie les missions des contrôleurs légaux et fixe des principes éthiques afin de garantir l'objectivité et l'indépendance des contrôleurs.

Agrément, formation continue et reconnaissance mutuelle

Le contrôle légal des comptes ne peut être réalisé que par des contrôleurs légaux des comptes * ou des cabinets d'audit * agréés par l'État membre qui prescrit le contrôle légal des comptes. Le programme d'études des contrôleurs légaux est mis à jour par la présente directive. Un contrôleur ne peut être agréé pour effectuer le contrôle légal qu'après avoir atteint le niveau d'entrée à l'université ou un niveau équivalent, puis suivi un programme d'enseignement théorique, effectué une formation pratique et subi avec succès un examen d'aptitude professionnelle. Les qualifications en matière d'audit acquises par les contrôleurs légaux des comptes sur la base de la présente directive devraient être jugées équivalentes par les États membres. La connaissance des contrôleurs devrait être testée avant qu'un contrôleur légal des comptes d'un autre État membre puisse être agréé. Les dispositions réglementaires des États membres respectent, en matière réglementaire et de supervision publique, le principe de la compétence de l'État membre d'origine dans lequel le contrôleur légal des comptes ou le cabinet d'audit est agréé et où l'entité auditée a son siège statutaire.

Enregistrement

Les États membres doivent assurer que tous les contrôleurs légaux des comptes et cabinets d'audit agréés soient inscrits dans un registre accessible au public contenant les informations essentielles relatives aux contrôleurs légaux et aux cabinets d'audit. Ils

veillent aussi à ce que les contrôleurs légaux des comptes et les cabinets d'audit notifient sans délai indu aux autorités compétentes chargées de la tenue du registre public tout changement des données contenues dans le registre public.

Déontologie, indépendance, objectivité, confidentialité et secret professionnel

Tous les contrôleurs légaux des comptes et cabinets d'audit sont tenus au respect de principes déontologiques, lesquels doivent régir au moins leur fonction d'intérêt public, leur intégrité et leur objectivité, ainsi que leur compétence et leur diligence professionnelles. Les États membres doivent veiller à ce que le contrôleur légal des comptes et / ou le cabinet d'audit qui procède au contrôle légal des comptes soit indépendant de l'entité contrôlée et ne soit pas associé au processus décisionnel de l'entité contrôlée. Un contrôle légal des comptes ne peut pas être effectué s'il existe une relation financière, d'affaires, d'emploi ou de toute autre nature, entre le contrôleur légal des comptes, le cabinet d'audit ou le réseau et l'entité contrôlée. Toutes les informations et tous les documents auxquels un contrôleur légal des comptes ou un cabinet d'audit accède lors de l'exécution du contrôle légal des comptes doivent être protégés par des règles appropriées en matière de confidentialité et de secret professionnel.

Normes de contrôle et rapport d'audit

La Commission peut décider de l'applicabilité de normes d'audit internationales * dans l'UE. Les États membres exigent que les contrôleurs légaux des comptes et les cabinets d'audit effectuent le contrôle légal des comptes conformément aux normes d'audit internationales adoptées par la Commission. Lorsqu'un cabinet d'audit est chargé du contrôle légal des comptes, le rapport d'audit est signé, au moins, par le contrôleur légal des comptes qui effectue le contrôle légal des comptes pour le compte dudit cabinet.

Assurance qualité

Les États membres sont obligés d'organiser un système d'assurance de qualité du contrôle légal, qui doit se conformer aux principes définis par la présente directive. Il s'agit par exemple de l'indépendance des superviseurs, du financement sûr et des ressources adéquates d'un tel système, ainsi que de la sélection des personnes chargées d'une mission d'examen d'assurance qualité spécifique.

Enquêtes et sanctions

Il doit être assuré que des systèmes efficaces d'enquête et de sanctions soient mis en place pour détecter, corriger et prévenir une exécution inadéquate du contrôle légal des comptes.

Supervision publique et accords réglementaires entre États membres

Les États membres sont obligés de mettre en place un système effectif de supervision publique des contrôleurs légaux des comptes et des cabinets d'audit. Tous les contrôleurs légaux des comptes et cabinets d'audit sont soumis à la supervision publique, qui est dirigée par des non-praticiens qui connaissent bien les matières qui touchent au contrôle légal des comptes. Les dispositions réglementaires des États membres respectent, en matière réglementaire et de supervision publique, le principe de la compétence de l'État membre d'origine dans lequel le contrôleur légal des comptes ou le cabinet d'audit est agréé et où l'entité auditée a son siège statutaire.

Contrôle légal des comptes des entités d'intérêt public

Chaque entité d'intérêt public doit être dotée d'un comité d'audit. Le comité d'audit est notamment chargé des missions suivantes:

suivi du processus d'élaboration de l'information financière;
suivi de l'efficacité des systèmes de contrôle interne, d'audit interne, le cas échéant, et de gestion des risques de la société;
suivi du contrôle légal des comptes annuels et des comptes consolidés;
examen et suivi de l'indépendance du contrôleur légal des comptes ou du cabinet d'audit, en particulier en ce qui concerne la fourniture de services complémentaires à l'entité contrôlée.

Aspects internationaux

Les autorités compétentes d'un État membre peuvent agréer un contrôleur de pays tiers en tant que contrôleur légal des comptes, à condition que cette personne prouve qu'elle répond à des exigences équivalentes prescrites dans la présente directive. Les autorités compétentes d'un État membre enregistrent chaque contrôleur et chaque entité d'audit de pays tiers qui présentent un rapport d'audit concernant les comptes annuels ou les comptes consolidés d'une société constituée en dehors de l'UE. Les États membres peuvent autoriser la communication aux autorités compétentes d'un pays tiers de documents d'audit ou d'autres documents détenus par des contrôleurs légaux des comptes ou des cabinets d'audit agréés selon les conditions fixées par la présente directive.

4-2-4 [Directive 86/635/CEE](#) du Conseil du 8 décembre 1986 concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers

4-2-5 [Directive 89/117/CEE](#) du Conseil du 13 février 1989 concernant les obligations en matière de publicité des documents comptables des succursales, établies dans un État membre, d'établissements de crédits et d'établissements financiers ayant leur siège social hors de cet État membre.

4-2-6 [Directive 91/674/CEE](#) du Conseil, concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance.

4-2-7 [Directive 2006/46/CE](#) du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 modifiant les directives du Conseil 78/660/CEE concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, 83/349/CEE concernant les comptes consolidés, 86/635/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers, et 91/674/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance.

4-2-8 [Règlement \(CE\) n° 1606/2002](#) du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales (C1).

Normes comptables internationales (IAS)

L'Union européenne harmonise l'information financière des sociétés cotées en bourse afin de garantir la protection des investisseurs. Par l'application des règles comptables internationales, elle entend préserver la confiance envers les marchés financiers tout en facilitant la négociation transfrontalière et internationale des valeurs mobilières.

La communication de la Commission, du 13 juin 2000, intitulée « Stratégie de l'UE en matière d'information financière: la marche à suivre » proposait que toutes les sociétés cotées soient tenues d'élaborer leurs comptes consolidés conformément aux normes comptables internationales à partir 2005. Le Conseil Ecofin du 17 juillet 2000 a réservé un accueil favorable à cette communication en soulignant que la comparabilité, la fiabilité et la transparence des comptes des entreprises européennes constituait un facteur essentiel de l'intégration des marchés financiers européens et de leur compétitivité internationale. En outre, l'harmonisation de cette matière est considérée comme essentielle par le Plan d'action pour les services financiers (PASF). De plus, les sociétés concernées sont d'accord pour appliquer un jeu unique de règles internationalement admises car cela facilitera la commercialisation des valeurs mobilières, les fusions et acquisitions transfrontalières ainsi que les opérations de financement. Enfin, la législation comptable communautaire des années 70 doit être réactualisée pour répondre à la demande des investisseurs actuels. En effet, les mêmes titres d'une société sont souvent détenus par plusieurs investisseurs de toutes nationalités.

Définitions

Les normes comptables internationales dites « International Accounting Standards » (IAS) sont adoptées par l'organisme international de normalisation comptable, l'« International Accounting Standards Board » -IASB- (EN) établi à Londres, au sein duquel la Commission sera représentée. Ces règles communes s'appelleront à l'avenir « International Financial Reporting Standards » -IFRS.

Priorités

Créer les conditions pour un marché des capitaux intégré et efficace en augmentant la comparabilité des comptes dans le marché unique pour faciliter la concurrence et la circulation de capitaux.

Adopter un règlement si l'on veut garantir que toutes les sociétés cotées de l'UE appliqueront bien les normes IAS à partir de 2005 (crédibilité, évaluation, concurrence).

Champ d'application

Dès 2005, toutes les sociétés cotées de l'UE (y compris les banques et les entreprises d'assurance) sont tenues d'appliquer des normes comptables internationales de haute qualité dans la préparation de leurs comptes consolidés. Les États membres peuvent aussi autoriser ou obliger ces entreprises à appliquer ce système à leurs comptes annuels. Il sera même possible d'imposer la nouvelle réglementation à des sociétés qui ne font pas appel public à l'épargne.

Calendrier et statut des directives comptables

Bien que la date butoir fixée soit 2005, le règlement entre en vigueur immédiatement tout en laissant le temps aux États membres de s'adapter progressivement. En outre, la

législation sur les normes IAS vient compléter les exigences contenues dans des directives comptables. Enfin, les États membres peuvent différer l'application de certaines dispositions jusqu'en 2007 pour les sociétés cotées dans la Communauté et sur le marché réglementé d'un pays tiers.

Mécanisme d'adoption

Pour qu'une norme comptable internationale puisse être adoptée, elle devra refléter une image fidèle et honnête de la situation financière et des résultats de l'entreprise, répondre à l'intérêt public européen et satisfaire à la qualité de l'information requise. La Commission se concertera avec le Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières (CERVM) afin de développer une approche commune en matière d'exécution de ces règles. Le règlement est adopté selon un mécanisme doté d'une double structure: Un niveau réglementaire avec la mise en place d'un comité de réglementation comptable, composé de représentants des États membres et présidé par la Commission. Celui-ci décidera de l'adoption éventuelle des normes IAS sur la base des propositions de la Commission. Le but est de garantir une transparence intégrale et d'instituer une responsabilité envers le Conseil et le Parlement; Un niveau technique avec l'instauration d'un comité technique comptable, le Groupe consultatif pour l'information financière en Europe (EFRAG), composé d'experts en comptabilité du secteur privé de plusieurs États membres. Celui-ci fournira en temps voulu l'assistance et les compétences requises pour évaluer les normes IAS et pour conseiller la Commission sur l'opportunité de modifier ou non la législation en vigueur.

4-2-9 [Règlement \(CE\) n° 707/2004](#) de la Commission du 6 avril 2004 modifiant le règlement (CE) n° 1725/2003 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil.

4-2-10 [Règlement \(CE\) n° 1569/2007](#) de la Commission du 21 décembre 2007 établissant un mécanisme de détermination de l'équivalence des normes comptables appliquées par des émetteurs de valeurs mobilières de pays tiers conformément aux directives 2003/71/CE et 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil.

4-2-11 [Règlement \(CE\) n° 1004/2008](#) de la Commission du 15 octobre 2008 modifiant le règlement (CE) no 1725/2003 de la Commission portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) no 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, pour ce qui concerne la norme comptable internationale IAS 39 et la norme internationale d'information financière IFRS 7.

4-2-12 [Décision 2008/961/CE](#) de la Commission du 12 décembre 2008 relative à l'utilisation, par des émetteurs de valeurs mobilières de pays tiers, des normes comptables nationales de certains pays tiers et des normes internationales d'information financière pour établir leurs états financiers consolidés

4-2-13 [Recommandation 2001/453/CE](#) de la Commission du 30 mai 2001 concernant la prise en considération des aspects environnementaux dans les comptes et rapports annuels des sociétés: inscription comptable, évaluation et publication d'informations

5 Le droit de la concurrence.

Contenu de la formation

- Le cadre communautaire de la concurrence :
 - Politique et réglementation de la concurrence dans la construction communautaire
 - Les acteurs : rôle des instances européennes (Commission, Cour de justice) ; rôle des instances nationales

- Les règles applicables aux entreprises privées
 - Les pratiques restrictives de concurrence
 - Les ententes
 - Les abus de position dominante
 - Le contrôle des concentrations
 - Les aides d'Etat

Les concepteurs des traités fondateurs des Communautés européennes ont jugé qu'un ensemble supranational à vocation économique caractérisé par la liberté des échanges et par la recherche de l'intérêt commun ne pourrait fonctionner que si les acteurs économiques étaient placés dans des conditions d'intervention similaires sur l'ensemble du territoire concerné. C'est pourquoi, ils ont posé comme principe fondamental que ces derniers devaient agir dans un contexte de concurrence non faussée par des comportements anticoncurrentiels que ceux-ci soient dus aux entreprises ou aux interventions de la puissance publique.

Conscients cependant que pour atteindre le progrès économique et social dans une économie de marché ouverte, des actions demeuraient parfois nécessaires, ils ont défini un cadre régulateur permettant de rendre effectif le principe de libre concurrence.

Ces principes demeurent, en dépit des modifications terminologiques résultant de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

Conformément à la logique des traités, la responsabilité de la mise en œuvre de cet aspect essentiel de la politique communautaire est confiée à la Commission, dont la mission est précisément de promouvoir l'intérêt général de l'Union, et de veiller à l'application des traités et des mesures adoptées par les institutions pour leur application (article 17 du TUE). Elle dispose à cet effet de pouvoirs propres extrêmement larges.

Cependant, autrefois très centralisée à Bruxelles, la mise en œuvre de la politique de concurrence dépend aujourd'hui, dans une large mesure, du rôle joué par les juridictions des Etats membres et les autorités nationales de concurrence, qui coopèrent avec la Commission dans le cadre du Réseau européen de la concurrence (le REC).

Trouvant sa source dans les traités (en particulier les articles 101 et suivants du TFUE), mais fondé également sur quelques règlements importants, le droit communautaire de la concurrence édicte à titre principal :

1° Des règles applicables aux entreprises : réglementation des ententes (article 101 [TFUE](#), ex-article 81 TCE), sanction des abus de position dominante (article 102 TFUE, ex-article 82 TCE) et, par voie de conséquence, contrôle des concentrations (cf. notamment en application des articles 103 à 105 TFUE, ex-articles 83 à 85 TCE, et des règlements pris pour leur application).

Il convient à ce stade de préciser que le règlement CE n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 a substitué à un système de notification préalable, à la Commission, des accords concernés, un système dit “d'exception légale”, ayant pour effet direct de responsabiliser les entreprises, qui, devront en toute bonne foi s’assurer que ces accords sont conformes au droit communautaire de la concurrence, sous peine d’être sanctionnées, non seulement par la Commission, mais également par les juridictions et autorités de concurrence nationales.

2° Des règles applicables aux Etats membres, relatives aux aides accordées par ceux-ci (cf. les articles 107 à 109 TFUE, ex-articles 87 à 89 TCE).

De nombreux autres domaines couverts par le traité CE, comme ceux de la libre circulation des marchandises, du droit d’établissement et de la liberté de prestation de services, font l’objet de réglementations qui participent également au fonctionnement du marché intérieur. Ils ne sont cependant pas abordés dans cette note, qui se limite aux « règles de concurrence » dans l’acceptation donnée par le titre VII du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne. Un point sur la question des monopoles, qui est appréhendée au titre de différentes règles, est néanmoins fait à la fin de cette présentation.

A titre liminaire, les règles communautaires de la concurrence concernent l’ensemble des secteurs de l’activité économique, sous réserve d’un régime particulier pour la production et le commerce des armes, munitions et matériels de guerre (article 346 du TFUE, ex-article 296 CE). En dehors de ces exceptions, elles s’appliquent aussi bien aux marchandises qu’aux services.

Elles concernent de la même manière les entreprises privées et celles du secteur public. Si l’existence de ces dernières est parfaitement compatible avec les principes communautaires, leurs conditions d’activité doivent être semblables à celles faites aux entreprises privées, dans la limite où l’application des règles de concurrence ne fait pas obstacle à l’accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie (article 106 TFUE, ex-article 86 TCE). Toutefois, toutes les dispositions dérogatoires aux règles générales du traité sont interprétées restrictivement par les autorités communautaires.

5-1 Les ententes anticoncurrentielles entre entreprises.

Les ententes entre entreprises sont visées par l’article 101 TFUE (ex-article 81 TCE).

5-1-1 Le fond ; une interdiction des ententes tempérée par des dérogations.

Le traité ne se borne pas à sanctionner les abus susceptibles d’être perpétrés dans le cadre de rapprochements entre opérateurs économiques. En effet, l’article 101 TFUE (ex-article 81 TCE) considère comme incompatibles avec le marché intérieur et interdit par principe les ententes qui sont susceptibles d’affecter le commerce entre Etats 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 intérieur.

Toutefois, le paragraphe 3 de cet article permet d’atténuer la rigueur de ce principe d’interdiction en prévoyant des possibilités de dérogations, qui, en substance, 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..

5-1-1-1 Interdire les pratiques qui portent significativement atteinte à la concurrence.

Les ententes en principe interdites par l’article 101 TFUE (ex-article 81 TCE) sont celles « 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 ».

Il peut s'agir d'ententes horizontales (au même niveau de la chaîne économique, par exemple entre producteurs) comme d'ententes verticales (entre producteurs et distributeurs, par exemple).

Parmi les ententes anticoncurrentielles classiques figurent les accords de fixation de prix en commun et de répartition des marchés entre producteurs. A cet égard, la Commission poursuit les grands cartels internationaux. Les autorités communautaires ont été conduites très tôt à sanctionner de grands cartels internationaux : producteurs de quinine en 1969, producteurs de sucre en 1973, producteurs de zinc en 1984, producteurs de polypropylène en 1986. Il y a aussi eu de grands cartels découverts dans le domaine du ciment, du papier, de l'acier. En 2007, la Commission a sanctionné à hauteur de près de 1 milliard d'euros une entente sur le marché de l'installation et de l'entretien des ascenseurs et des escaliers mécaniques concernant la Belgique, l'Allemagne, le Luxembourg et les Pays-Bas. La comparaison des montants de sanction des affaires de 1986 (60 millions d'Ecus) et de 2007 montre que la sévérité de la répression s'est considérablement accrue.

En principe, maintenant, ce sont plutôt les autorités nationales de concurrence qui interviennent sur les cartels essentiellement nationaux, même si le droit communautaire de la concurrence est appliqué. Ainsi, le Conseil de la concurrence (devenu, depuis la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, l'Autorité de la concurrence), a infligé une sanction de 534 millions d'euros aux opérateurs de téléphonie mobile en France, en 2005, pour entente, notamment sur le partage du marché. Le 16 décembre 2008, c'est une amende de plus de 575 millions d'euros qui a été prononcée afin de sanctionner les pratiques de sociétés françaises spécialisées dans le négoce de l'acier. Le lot principal de l'Autorité de la concurrence en matière d'ententes horizontales concerne cependant les trop nombreuses ententes en matière de marchés publics. Parfois, parce que des questions de principe sont en jeu ou pour des raisons d'opportunité, la Commission traite encore elle-même certains cartels nationaux (banques autrichiennes en 2002, bière néerlandaise ou bitume espagnol en 2007).

Les systèmes d'échange d'informations sur le marché, même s'ils ne sont pas le support d'une autre entente, sont interdits lorsqu'ils permettent aux participants de coordonner leurs stratégies commerciales. Pour la première fois, en 1986, la Commission a imposé une amende à trois entreprises qui détenaient environ 60 % du marché des acides gras et qui avaient conclu un accord d'échange d'informations confidentielles sur leurs ventes trimestrielles, de façon à pouvoir ajuster leur production. En 1992 elle a confirmé sa position dans une affaire célèbre, dite des « tracteurs anglais » ([décision 92/157/CEE de la Commission, du 17 février 1992](#)). En principe, la transparence des marchés est plutôt un facteur de concurrence, mais dans un marché oligopolistique, trop de transparence peut minimiser l'incertitude sur le comportement des concurrents, qui est précisément un facteur de concurrence. Des informations trop précises peuvent donc être néfastes. Cette position a été avalisée par le Tribunal de première instance (arrêt du 7 octobre 1994, John Deere Ltd contre Commission T-35/92) et la Cour de justice des Communautés européennes ([arrêt du 28 mai 1998, C-7/95P, John Deere Ltd contre Commission](#)). En 2005, le Conseil de la concurrence a ainsi sanctionné des échanges d'informations confidentielles entre les palaces ou entre opérateurs de téléphonie mobile. La Cour de cassation impose toutefois à l'autorité de concurrence qu'elle démontre concrètement que l'échange d'informations a pour objet ou pour effet réel ou potentiel de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné (**arrêt de la chambre commerciale du 29 juin 2007, pourvois n°07-10.303, 07-10.354, 07-10.397, dans l'affaire du cartel de la téléphonie mobile**).

C'est en matière d'accords verticaux que la jurisprudence en droit communautaire de la concurrence a été la plus abondante et la plus subtile pendant de longues années. Il s'agit de concilier efficacité

de la distribution des produits de marque et maintien d'une concurrence suffisante à cet égard. Conformément aux dispositions de l'ex-article 81 paragraphe 3 TCE (désormais article 101 paragraphe 3 TFUE), un règlement CE 19/65 du Conseil du 2 mars 1965 a habilité la Commission à exempter par voie de règlement certaines catégories d'accords exclusifs entre deux entreprises dans le but de la revente. Un règlement n° [1215/1999](#) du Conseil, du 10 juin 1999 a étendu le champ d'application jusqu'à y inclure accords verticaux. En application de ces textes, un règlement 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999 est venu unifier et simplifier les règles applicables en matière d'accords de distribution exclusive, en tenant mieux compte de l'impact économique réel des restrictions de concurrence dans la distribution. Les fabricants, sous réserve qu'ils n'aient pas plus de 30% de part de marché, peuvent en substance choisir entre différents systèmes qui ont chacun leurs avantages et inconvénients mais qui au total laissent une concurrence suffisante. Sont cependant toujours interdites certaines restrictions comme l'interdiction de répondre à des demandes de consommateurs finaux situés en dehors du territoire contractuel (ventes passives) ou la fixation d'un prix de vente au détail minimum par le fournisseur dès lors que le distributeur est un opérateur indépendant. Les principes étant désormais relativement stabilisés au niveau communautaire, c'est essentiellement l'Autorité de la concurrence qui a à connaître de cas de restrictions verticales intéressant la distribution en France, bien qu'il applique alors souvent le droit communautaire (en 2005, 2006 et 2007, par exemple, affaires dans le domaine des parfums, des montres, des produits HI-FI, des motos, des AOC, de la réparation automobile). Parfois des questions nouvelles sont traitées en premier lieu par l'Autorité de la concurrence (internet et la distribution sélective – cf. sur ce point la décision n°07-D-07 sur les pratiques de la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, interdisant à ses distributeurs de vendre des produits sur internet. Ces pratiques font actuellement l'objet d'une question préjudicielle, soumise par la cour d'appel de Paris à la Cour de justice des communautés européennes).

5-1-1-2 Favoriser la coopération entre entreprises quand elle laisse subsister une concurrence efficace.

Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, la politique de la concurrence laisse place aux accords entre entreprises susceptibles de promouvoir le progrès technique ou économique, notamment s'ils favorisent la recherche et le développement technologique, sous réserve qu'il subsiste un niveau de concurrence efficace. La Commission et les autres autorités de concurrence font, dans ce cas, largement usage des possibilités de dérogation (article 101, paragraphe 3 TFUE, ex-article 81, paragraphe 3, TCE) à condition que les restrictions de concurrence en cause soient nécessaires – donc proportionnées- au progrès invoqué.

Elles peuvent ainsi constater, après analyse individuelle approfondie, qu'une entente répond aux critères de dérogation fixés dans le traité (exemptions individuelles). Mais afin d'accélérer les procédures, d'éviter la multiplication des dossiers, mais aussi de faciliter le travail et la prise de décision des dirigeants d'entreprises, des juridictions et des autorités de concurrence, les autorités communautaires ont adopté des règlements d'exemption par catégorie. Ces règlements ont pour objet de définir les critères en vertu desquels certaines catégories d'accords bénéficient automatiquement de la dérogation au principe d'interdiction des ententes. Plusieurs règlements sont actuellement en vigueur : restrictions verticales (essentiellement les accords de distribution), vente et réparation automobile, transports, assurances, accords de licences et de transferts de technologie, ainsi que différents types de coopérations horizontales entre entreprises.

Le souci de favoriser la coopération économique entre entreprises, notamment entre petites et moyennes entreprises, se manifeste également par la détermination d'ententes ne tombant pas sous le coup de l'article 81 CE dès lors que les parts de marché des partenaires ne dépassent pas certains seuils (10 ou 15% selon les cas, accords dits « d'importance mineure »).

Des lignes directrices, actuellement en cours de révision, définissent le cadre d'analyse suivi par la Commission lorsqu'elle est amenée à statuer sur la compatibilité, avec le droit communautaire, des accords ou pratiques concertées se traduisant par des restrictions verticales.

5-1-2 La complémentarité des interventions communautaires et nationales.

L'importance très variable des dossiers, leur nombre, et l'étendue, désormais, du territoire de la Communauté européenne ont, comme déjà indiqué, conduit à partager la responsabilité de l'application des règles communautaires de concurrence entre la Commission et les autorités et juridictions nationales.

La Commission et les autorités nationales de concurrence interviennent en tant qu'autorités administratives chargées de veiller au respect des règles de discipline concurrentielle, en disposant elles-mêmes d'une certaine marge d'appréciation. Elles disposent de pouvoirs de sanction et peuvent obliger les entreprises à modifier leur comportement, mais peuvent aussi désormais régler des affaires sur un mode moins répressif en mettant fin à des procédures si les entreprises en cause s'engagent d'elles mêmes à modifier leur comportement. Intervenant pour la défense de l'ordre public économique, les autorités de concurrence n'interviennent pas simplement pour régler des litiges entre acteurs économiques et dans la limite de leurs prétentions ou intérêts respectifs. Elles peuvent ainsi se saisir d'office, ou statuer en dépit du désistement du plaignant. Il peut arriver qu'elles prennent des décisions qui ne satisfont ni plaignant, ni mis en cause. Elles peuvent généralement être saisies par les pouvoirs publics (en particulier les ministres chargés de l'économie), les entreprises, les associations professionnelles ou les associations de consommateurs, mais rarement directement par des particuliers. Ceux-ci peuvent toutefois les informer de certaines situations. Chaque autorité intervient dans un cadre procédural qui lui est propre (pas d'harmonisation communautaire sur ce plan), et dispose de pouvoirs étendus, qui doivent être exercés dans le respect des droits de la défense. En France, la possibilité d'interjeter appel des décisions de l'Autorité de la concurrence devant la cour d'appel de Paris constitue une garantie supplémentaire.. Comme déjà indiqué, lorsque le droit communautaire de la concurrence a vocation à s'appliquer, ce sont des considérations d'opportunité, liées aux marchés principalement affectés ou aux questions soulevées par l'affaire, qui font que le cas est, soit traité par la Commission, soit par une, ou plus rarement plusieurs, autorités nationales de concurrence. Toutes ces autorités collaborent officiellement en « réseau » (le REC, cf. supra), ont le pouvoir de se communiquer et d'utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit, y compris des informations confidentielles, et chacune peut donner son avis sur un projet de décision d'une juridiction nationale. La Commission, en tant que « chef de file », a un pouvoir d'évocation des affaires. Pour ce qui la concerne, ses décisions sont soumises au contrôle juridictionnel du juge communautaire (Tribunal de première instance et, sur pourvoi, Cour de justice des Communautés européennes). Les décisions de l'Autorité de la concurrence sur les ententes et abus de position dominante sont pour leur part soumises au contrôle juridictionnel de la cour d'appel de Paris, qui exerce non seulement un contrôle de légalité, mais dispose d'un pouvoir entier de réformation (contrairement au Tribunal de première instance, dont le pouvoir de pleine juridiction ne porte que sur les amendes). Pour mémoire, l'Autorité de la concurrence applique soit seulement le droit français de la concurrence, si le commerce entre États membres n'est pas susceptible d'être affecté par la pratique en cause, soit, dans le cas contraire, concurremment le droit français et le droit communautaire de la concurrence. En substance, il n'y a guère de différences entre le droit français et le droit communautaire de la concurrence. La cour d'appel est donc fréquemment conduite à interpréter et appliquer le droit communautaire de la concurrence lorsqu'elle a à connaître de décisions de l'Autorité de la concurrence. Ses arrêts sont le cas échéant soumis au contrôle de la Cour de cassation. En 2007, la Commission a adopté 9 décisions formelles de sanction en matières d'ententes et d'abus de position dominante (infra) et a infligé pour 3,5 milliards d'euros d'amendes environ (8 décisions et 1,85 milliards d'euros d'amende en 2006 et 5 décisions et 683 millions d'euros d'amende en

2005). Pour sa part le Conseil de la concurrence a adopté en 2007 24 décisions de ce type (13 en 2006 et 31 en 2005) en infligeant 221 millions d'euros d'amendes (128 millions en 2006 et 754 en 2005). La Commission adopte une trentaine de décisions formelles par an. Pour sa part l'Autorité de la concurrence rend plus d'une centaine de décisions et avis par an.

Par ailleurs, les juridictions nationales peuvent être conduites à appliquer, outre leur législation nationale, le droit communautaire de la concurrence dans le cadre des litiges que leur soumettent les justiciables. Elles doivent ainsi appliquer la règle selon laquelle les accords et décisions interdits par l'article 101 TFUE sont nuls de plein droit. Toutefois, leurs pouvoirs diffèrent de ceux des autorités de concurrence.

En France, aussi bien le juge administratif que le juge judiciaire peuvent être concernés. Le premier intervient lorsqu'est en cause la légalité d'un acte administratif (notion de droit français) qui traduit néanmoins l'exercice d'une activité économique (au sens du droit communautaire) ou lorsque la responsabilité de la puissance publique est engagée pour n'avoir pas empêché un comportement anticoncurrentiel à l'égard duquel elle pouvait intervenir (ex. : cour administrative d'appel de Nantes, arrêt du 28 décembre 2006, communauté d'agglomération de Laval). Le juge judiciaire intervient dans des situations plus variées, le cas échéant au pénal (certaines infractions au droit de la concurrence sont pénalement réprimées). Depuis 2006, les tribunaux de grande instance ou de commerce de Marseille, Bordeaux, Lille, Fort de France, Lyon, Nancy, Paris et Rennes sont seuls compétents en première instance pour connaître des litiges civils et commerciaux dans lesquels les dispositions sur les ententes et abus de position dominante sont invoquées. La cour d'appel de Paris est l'unique cour d'appel (articles L. 420-7 et R. 420-3 à R. 420-5 du code de commerce).. Le juge confronté à une difficulté d'interprétation ou d'application du droit de la concurrence peut demander un avis, voire des éléments, au Conseil de la concurrence ou à la Commission (article L. 462-3 du code de commerce et article 15 du règlement (CE) n° 1/2003). Le Conseil de la concurrence est effectivement sollicité de temps en temps (une ou deux demandes par an ces dernières années). Inversement, le Conseil de la concurrence et la Commission peuvent intervenir en tant que « amicus curiae » devant une juridiction dans le cadre d'un litige (même article du règlement n° 1/2003). La Commission l'a fait récemment devant la cour d'appel de Paris saisie sur renvoi après cassation d'un arrêt d'une autre cour d'appel dans un litige relatif au non-renouvellement d'un contrat de concession de vente d'automobiles. Par ailleurs, les juridictions nationales peuvent poser des questions préjudicielles en interprétation ou en appréciation de validité sur le droit communautaire de la concurrence à la Cour de justice des Communautés européennes. Ce droit s'est pour une bonne part construit dans le cadre de telles procédures.

5-2 Les positions dominantes d'entreprises.

Jusqu'à la fin des années 1990, le droit communautaire de la concurrence, à l'inverse de la législation antitrust américaine, n'interdisait pas la constitution de positions dominantes en tant que telles mais seulement les abus auxquels elles pouvaient donner lieu. Ce principe, traduit à l'article 82 TCE, devenu l'article 102 TFUE, et dont la mise en œuvre repose sur les mêmes procédures que celles liées à l'article 81 TCE (désormais article 101 TFUE), a été complété depuis par un mécanisme de contrôle des concentrations entre entreprises visant à prévenir la constitution même des positions dominantes lorsqu'elles résultent de mécanismes de croissance externe. Les règles en la matière sont définies par un règlement (CE) n°2004/139 du Conseil du 20 janvier 2004.

5-2-1 Sanctionner les abus de position dominante.

L'article 102 TFUE vise à prohiber des pratiques anticoncurrentielles telles que la limitation des débouchés, le refus de vente, les ventes liées, les pratiques discriminatoires ou les prix inéquitables (excessifs ou au contraire trop attractifs), les ciseaux tarifaires ou les conditions fidélisantes qui

sont le fait d'entreprises ayant une position qui « les met en mesure d'agir sans tenir compte notablement des concurrents, des acheteurs ou des fournisseurs ». Une position dominante peut résulter de différents facteurs caractérisant le marché lui-même ou l'entreprise, comme la détention, soit d'un monopole sur une activité, soit de parts de marché substantielles. Une telle position peut aussi résulter de l'appartenance à un groupe de grande envergure, de la faiblesse des concurrents, de la détention d'une avance technologique ou d'un savoir-faire spécifique . Souvent, les pratiques abusives visent l'éviction du marché de concurrents pour constituer ou préserver un pouvoir de monopole ou d'oligopole. A cet égard, le cas échéant, un position dominante peut être celle de plusieurs entreprises ensemble (position dominante collective). Soit ces dernières ont des liens structurels (capitalistiques ou autres) qui les conduisent à adopter un comportement commun dans les conditions précitées, soit c'est la structure même du marché qui aboutit au même résultat. Le Tribunal de première instance a énuméré les conditions cumulatives d'un tel marché : structure oligopolistique et transparence, possibilité de décourager les membres de la position dominante collective de s'écarter du comportement commun (représailles dans le vocabulaire spécialisé), difficultés à pénétrer le marché pour d'actuels ou d'éventuels compétiteurs ([arrêt du 6 juin 2002, Airtours, T-342/99, Rec. p. II-2585](#))

Les pratiques abusives d'entreprises en position dominante ne peuvent, si l'on s'en tient au texte, contrairement aux ententes visées par l'article 101 TFUE (ex-article 81 TCE), bénéficier de dérogations à leur interdiction. L'abus est constitué, ou non, et, dans le premier cas, il est interdit. Néanmoins, depuis quelques années, une approche plus économique de la question, dite « par les effets », est promue par la Commission européenne, ainsi que par de nombreux économistes. Elle conduirait à ne plus sanctionner certains comportements en eux-mêmes (« per se », pour employer le langage convenu), même s'ils conduisent à des effets d'éviction, dès lors qu'ils entraînent des gains d'efficacité globaux en partie restitués au consommateur qui compensent leurs effets négatifs pour la concurrence. La Cour de justice (**arrêt du 15 mars 2007, British Airways/Commission, C-95/04P**) et, incidemment, le Conseil de la concurrence (décision n° 07-D-14 du 2 mai 2007, société Transmontagne) ont adopté des décisions allant en ce sens.

L'entreprise en position dominante se voit interdire certains comportements qui ne poseraient pas de problèmes pour la concurrence s'ils étaient le fait d'une entreprise qui ne détient pas une telle position. Par exemple, un fournisseur n'ayant pas une part importante de marché pourra en principe instaurer des clauses d'exclusivité de marque dans les contrats qu'il conclut avec les distributeurs. Un fournisseur en position dominante peut se voir interdire de procéder de la sorte. Ainsi, le titulaire de droits de propriété intellectuelle ou de simples droits de propriété qui est en monopole sur les produits ou services concernés devra y donner accès s'ils sont indispensables pour fournir d'autres produits ou services. Celui qui ne détient pas une telle position pourra s'en réserver l'usage. Ainsi, dans l'affaire dite "Microsoft", le Tribunal de première instance des Communautés européennes a jugé que "le fait, pour une entreprise détenant une position dominante, de refuser d'octroyer à un tiers une licence pour l'utilisation d'un produit couvert par un droit de propriété intellectuelle ne saurait constituer en lui-même un abus de position dominante au sens de l'article 82 CE", et que "ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que l'exercice du droit exclusif par le titulaire du droit de propriété intellectuelle peut donner lieu à un tel abus et que, partant, il est permis, dans l'intérêt public du maintien d'une concurrence effective sur le marché, d'empiéter sur le droit exclusif du titulaire du droit de propriété intellectuelle en l'obligeant à octroyer des licences aux tiers qui cherchent à entrer sur ce marché ou à s'y maintenir" (TPICE, arrêt du 17 septembre 2007, affaire T-201/04, Microsoft c. Commission).

Les règles sur les abus de position dominante sont également utilisées pour éviter que des entreprises disposant de monopoles légaux n'utilisent leur position pour fausser la concurrence sur des marchés voisins ouverts à la concurrence ou qu'ils exercent leur monopole de façon dévoyée. Les exemples sont très nombreux, en particulier dans les domaines des services publics (télécoms,

énergie, secteur des transports, activités postales, d'assurance sociales, de placement de main d'œuvre etc...). Un abus classique qui a souvent été condamné à cet égard est celui consistant à privilégier sa propre offre de services dans le domaine concurrentiel par rapport aux offres concurrentes lorsque la prestation en cause est liée à l'activité sous monopole (pour un exemple analysant ce type de situations voir l'avis du Conseil de la concurrence n° 05-A-22 sur la privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes). Les dispositions combinées de l'article 82 CE et de l'article 86 CE ont également permis d'écarter pour contrariété au droit communautaire une législation ou une réglementation source d'abus de position dominante. Les juridictions peuvent le faire dans le cadre d'un litige (**voir par exemple [l'arrêt de la Cour de justice du 23 avril 1991, Höfner, C-41/90, Rec. p. I-1979](#)**). Dans ce type d'hypothèse, la Commission peut non seulement constater l'abus de l'entreprise en cause, mais aussi, le cas échéant, adresser des décisions ou directives aux États membres (voir l'article 106, paragraphe 3, [TFUE](#)), ou attaquer en manquement l'État membre concerné. En revanche, en France, si le comportement incriminé découle de la législation, l'Autorité de la concurrence ne peut pas toujours entrer en voie de sanction, pour des raisons de compétence.

5-2-2 Prévenir la constitution de positions dominantes dangereuses pour la concurrence.

Le traité CECA de 1951, rédigé à l'époque du démantèlement des grands *Konzern* allemands par les alliés, instaurait un contrôle sévère des concentrations fondé sur la nécessité d'obtenir une autorisation avant de réaliser l'opération. Ainsi, dans la sidérurgie, la Commission a toujours pu agir a priori en interdisant une concentration ou en assortissant son consentement de conditions. Hors sidérurgie, c'est depuis septembre 1990 que toutes les concentrations dites "de dimension communautaire" (fusions, prises de contrôle, constitution de filiales communes) sont soumises, en vertu de règlements successifs du Conseil (actuellement le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004), au contrôle de la Commission. Celle-ci peut interdire ces opérations si elles risquent de déboucher sur une position dominante susceptible d'entraver significativement une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci. Elle peut aussi les autoriser sous conditions. Contrairement à la démarche retenue avec l'article 102 TFUE celle-ci est préventive.

5-2-2-1 les concentrations d'entreprises soumises au contrôle communautaire.

Une opération de concentration est soumise au règlement lorsqu'elle concerne au moins deux entreprises réalisant individuellement un chiffre d'affaires supérieur à 250 millions d'euros dans la Communauté et ensemble un chiffre d'affaires supérieur à 5 milliards d'euros dans le monde. Ce principe, tel qu'il a été interprété par la Commission, permet à celle-ci de contrôler non seulement les opérations n'intéressant que des entreprises « communautaires », mais également des prises de contrôle ou création de sociétés extra-communautaires par des entreprises communautaires ou des prises de contrôle de sociétés communautaires par des entreprises extra-communautaires, lorsqu'elles ont des effets dans la Communauté. Toutefois, si toutes les entreprises concernées réalisent plus des deux tiers de leur chiffre d'affaires dans le même État membre, le règlement ne s'applique pas (article 1er, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 139/2004). Dans certains cas particuliers, des opérations n'atteignant pas les seuils précités peuvent néanmoins être soumises à la juridiction de la Commission (article 1er, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 139/2004).

Il n'existe pas plus de seuil-type de la position dominante dans le cadre du contrôle des concentrations que dans celui des abus de position dominante. Dans son appréciation, la Commission doit tenir compte de nombreux facteurs qui, selon les situations, permettent de déterminer s'il y a risque de position dominante ou non. Parmi eux peuvent être cités : la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté, les possibilités de choix des utilisateurs ou fournisseurs, l'évolution de l'offre et de la

demande, ainsi que de progrès technique sur les produits ou services concernés. Néanmoins, une concentration doit être déclarée compatible avec le marché commun lorsqu'elle n'entrave pas de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci. La pratique admet que tel est le cas lorsque les parts de marché des entreprises concernées ne dépassent pas, selon les hypothèses, 15 ou 25 % dans le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. L'un des principaux enjeux lors de l'analyse d'une concentration (comme dans beaucoup d'affaires antitrust) est la détermination du ou des marchés concernés, aussi bien en termes géographiques qu'en termes de produits ou de services. L'appréciation de leur évolution est également déterminante. Le cas échéant, l'analyse peut déboucher, comme en matière d'application de l'article 102 TFUE, sur la constatation de la création ou du renforcement d'une position dominante collective.

Différents types d'effets, d'un point de vue concurrentiel, sont examinés par la Commission : les concentrations horizontales, concernant un même type de produit, les concentrations verticales, entre opérateurs se trouvant à des stades successifs de la chaîne économique de fabrication et de vente d'un produit et qui souhaitent maîtriser tout ou partie de celle-ci et enfin les concentrations conglomerales qui portent sur des produits différents, mais le cas échéant complémentaires. Une opération peut cumuler différents types d'effets. D'une manière générale les effets horizontaux d'une opération sont plus simples à appréhender que les effets verticaux ou conglomeraux.

5-2-2-2 La procédure de contrôle.

Même si elle présente des analogies avec les procédures dérivées des articles 101 et 102 TFUE et en reprend les principes, la procédure de contrôle des concentrations est spécifique.

Les entreprises doivent notifier la concentration avant sa réalisation. Celle-ci est suspendue jusqu'à la décision de la Commission, qui intervient selon les développements dans un délai compris entre un et cinq mois environ après la notification. Les États membres sont associés à la procédure au travers de leur participation à un comité consultatif.

La non notification d'une opération de concentration relevant du règlement ou sa réalisation avant décision positive de la Commission peut déboucher, outre l'obligation de revenir à la situation antérieure, sur des amendes allant jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires.

Fin août 2007, depuis 1990, plus de 3500 opérations de concentration avaient été notifiées à la Commission. Un peu plus de 3000 ont été autorisées dans le cadre d'une procédure normale, moyennant le cas échéant des ajustements, et 168 affaires ont fait l'objet d'un examen approfondi. Parmi celles-ci 20 ont été interdites, 82 autorisées sous conditions et 34 autorisées sans conditions.

Les autorités nationales de concurrence et les juridictions nationales n'appliquent pas le droit communautaire des concentrations, lorsqu'elles traitent d'opérations qui ne relèvent pas de la compétence communautaire.

En France, la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a transféré la mission de contrôle des concentrations, autrefois dévolue au ministre chargé de l'économie, à l'Autorité de la concurrence. Sont en substance soumises à obligation de notification préalable les opérations réunissant les trois conditions suivantes (article L. 430-2 du code de commerce) : 1° le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros, 2° le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 50 millions d'euros, et 3° l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139 / 2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif

au contrôle des concentrations entre entreprises de dimension communautaire. Toutefois, à titre exceptionnel, le ministre en charge de l'économie peut évoquer une affaire pour "des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence", notamment le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale, ou la création ou le maintien de l'emploi (article L. 430-7-1 du code de commerce). Antérieurement à cette réforme, environ 130 opérations par an étaient notifiées en France, au ministre chargé de l'économie, seule une dizaine d'opérations par an donnant lieu à des difficultés imposant généralement aux intéressés de modifier leur projet ou de prendre des engagements en faveur de la concurrence.

5-3 Les aides publiques, dites « aides d'État ».

La « philosophie » du traité CE sur les aides publiques à l'économie exposée à l'article 87 du TCE, qui imprègne désormais l'article 107 du TFUE, est que si elles permettent, dans une certaine mesure, de contribuer au développement économique et social, les aides accordées par les Etats ont pour inconvénient majeur de fausser les conditions de libre concurrence, pilier du marché commun. Aussi, le principe a-t-il été retenu de ne pas laisser les États membres libres dans l'octroi des aides publiques aux entreprises et de soumettre la matière à des règles communes que la Commission est chargée de faire respecter.

Comme en matière d'ententes anticoncurrentielles, on est en présence d'une prohibition de principe (article 107, paragraphe 1, TFUE, ex-article 87, paragraphe 1 TCE) assortie de possibilités de dérogations spécifiques (article 107 paragraphe 2 TFUE, ex-article 87, paragraphes 2 et 3, CE).

5-3-1 La notion d'aide d'Etat.

Appréhender la portée de ce mécanisme demande de préciser ce que recouvre la notion d'«aides d'État ». Sont visées sous ce terme -impropre en droit interne- toutes les interventions de nature financière d'origine publique -hormis les interventions communautaires- qui donnent aux entreprises bénéficiaires un avantage concurrentiel, par rapport aux conditions résultant habituellement du droit commun ou du seul jeu du marché. L'origine publique peut venir des États membres eux-mêmes, des collectivités publiques qui en dépendent et plus généralement de tous les organismes publics et des entreprises du secteur public. Le fait que l'aide, instaurée par l'une de ces personnes, soit gérée par un intervenant distinct, de droit privé ou de droit public, ne change rien. Les formes d'aide sont très variées (subventions, aides fiscales, prêts bonifiés, garanties, apports en capital, prix ne correspondant pas aux conditions de marché etc...).

En revanche, ne doivent pas être considérées comme des aides les mesures de portée générale ne bénéficiant pas particulièrement à certaines entreprises ou à certains secteurs économiques, ni les interventions des personnes publiques lorsqu'elles agissent en tant qu'investisseur dans des conditions économiques similaires à celles de l'investisseur privé. De même ne relèvent pas du droit communautaire les aides qui ne sont pas susceptibles de fausser la concurrence dans le cadre des échanges intracommunautaires. En pratique, elles en relèvent si les produits ou services concernés font l'objet d'échanges entre États membres et/ou entre Etats membres et pays tiers.

Quand ces conditions sont réunies, la qualification d'aide étatique est retenue, indépendamment de l'objet de la mesure en cause. Comme le rappelle une jurisprudence constante, « l'article 87 (aujourd'hui 107 TFUE) ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des interventions visées, mais les définit en fonction de leurs effets de telle sorte que ni le caractère fiscal ni le but social éventuels d'une mesure ne suffisent à l'exclure du champ d'application de l'article 87 ».

La frontière est parfois difficile à tracer entre aide d'Etat et mesure de portée générale, ou entre ces dernières et les comportements des pouvoirs publics qui s'en distinguent. A titre d'exemple, toute mesure de l'État qui ne couvre pas l'ensemble du territoire national est considérée comme une aide. Il en est de même de celle qui ne concerne pas l'ensemble des entreprises (ex. : une mesure en faveur des PME, une mesure en faveur des entreprises exportatrices).

Les aides publiques sont classées selon une typologie finaliste :

- les aides régionales caractérisées par un critère d'attribution géographique ;
- les aides sectorielles, destinées spécifiquement à tel ou tel secteur de l'activité économique (agriculture, construction navale, etc...) ;
- les aides « horizontales » qui ne visent en particulier ni une région, ni un secteur économique, mais qui ont un objectif spécifique d'intérêt général (aides à la recherche, à l'emploi, à la défense de l'environnement, à l'investissement, à la restructuration etc...)

Certains régimes d'aide combinent ces différentes finalités, et parmi les aides octroyées à l'échelon national, ce sont, bien entendu celles de la dernière catégorie qu'il est le plus difficile de distinguer des mesures de portée générale.

5-3-2 Les conditions de compatibilité avec le marché commun.

A partir du moment où il y a « aide d'État », la compatibilité de la mesure en cause avec le marché commun ne peut être retenue que si elle correspond à l'un des objectifs énumérés à l'article 107, paragraphes 2 ou 3 TFUE. En pratique le paragraphe 2 joue peu. Seule la Commission peut déclarer une aide d'État compatible.

Le pouvoir de la Commission est en principe discrétionnaire, sous le contrôle du Tribunal de première instance et de la Cour de justice. Toutefois, la Commission s'est progressivement liée par différents instruments sur la façon dont elle allait exercer ce pouvoir. Le Conseil a aussi adopté des règlements encadrant son action.

- Les aides visées au paragraphe a) de l'article 107 TFUE sont des aides à finalité régionale au profit des régions les plus défavorisées de la Communauté. Jusqu'en 2010 ce sont les régions dont le PIB par habitant est inférieur à 75 % de la moyenne EU à 15. Leur situation sera revue. Dans ces cas, peuvent être autorisées des aides élevées qui prennent la forme soit d'aides à l'investissement (dans les cas extrêmes, l'aide peut représenter 60 % de celui-ci), soit, dans certaines circonstances, d'aides au fonctionnement dégressives.
- Les aides visées au paragraphe b) de l'article 107 TFUE sont de deux types très différents. Les premières ne concernent que des actions associées à un programme présentant vraiment un intérêt dépassant celui d'un État membre. Ainsi, en a-t-il été autrefois du programme de recherche en faveur du TGV. Les secondes, qui n'ont trouvé à s'appliquer que très rarement, nécessitent une véritable déstabilisation de l'économie des États membres concernés et ne peuvent donner lieu qu'à des actions conjoncturelles.
- Les aides autorisées les plus fréquentes relèvent du paragraphe c) de l'article 107 TFUE. Celui-ci permet l'octroi d'aides sectorielles ou régionales. La Commission considère que les aides peuvent être admises dans ce cadre lorsqu'elles sont nécessaires pour corriger des déséquilibres régionaux, pour faciliter ou accélérer certaines adaptations ou développements indispensables dans certaines industries notamment pour permettre, pour des raisons sociales, le repli sans heurt de certaines activités (construction navale, textile autrefois) ou pour neutraliser, au moins temporairement, certaines distorsions de concurrence dues à des actions d'origine tierce. Depuis un certain nombre d'années, la Commission utilise ce canal pour favoriser les actions moins sectorielles, dites « horizontales », comme les aides aux PME, à la recherche, à la protection de

l'environnement, à l'emploi, à la formation etc...

A partir de ces principes généraux, la Commission a développé un certain nombre de critères au regard desquels, selon les cas, elle examine les projets de régimes d'aide ou d'aide « ad hoc » qui lui sont notifiés. Pour l'essentiel, ces critères sont les suivants : l'intensité des aides doit être proportionnée à celle des problèmes qu'il s'agit de résoudre, de manière à réduire au maximum les distorsions qu'elles provoquent dans le jeu de la concurrence ; elles doivent être temporaires, enfin les problèmes économiques et sociaux ne doivent pas être transférés d'un État vers l'autre. Une fois un régime d'aide autorisé, les aides correspondant à ce régime peuvent être octroyées, sous réserve de respecter les conditions d'autorisation du régime.

5-3-3 La procédure de contrôle.

Conformément à l'article 108 paragraphe 3 TFUE, les États membres doivent notifier à la Commission les projets tendant à instituer ou à modifier des aides et ne pas les mettre en œuvre si la Commission ouvre une procédure de contrôle. Le non-respect de cette règle entraîne l'illégalité de l'aide versée avant autorisation, même si, sur le fond, elle est finalement jugée compatible avec le marché commun.

A réception de la notification complète, la Commission dispose d'une période de premier examen, qui a été fixée par la Cour de justice, puis par un règlement n°659/1999 du Conseil du 22 mars 1999, à deux mois. A l'issue de ce délai, la Commission doit, soit faire savoir qu'elle n'a pas d'objection à l'octroi de l'aide, soit engager la procédure publique (publication au Journal officiel de l'Union européenne) prévue à l'article 108, paragraphe 2 TFUE. Pendant cette seconde phase, un échange d'arguments s'instaure entre les parties intéressées et la Commission, laquelle prend in fine une décision d'autorisation, éventuellement conditionnelle ou bien une décision de rejet.

La Commission peut également, sur plainte ou de sa propre initiative, enquêter sur telle mesure qui ne lui aurait pas été notifiée ou qui ne lui paraîtrait pas conforme à une autorisation d'aide délivrée précédemment. Dans ce cas, après avoir adressé dans un premier temps une ou des demandes de renseignements à l'État concerné, elle peut ouvrir la procédure de l'article 108, paragraphe 2, TFUE.

Par dérogation, sur demande d'un Etat membre, le Conseil, statuant à l'unanimité, peut décider qu'une aide, instituée ou à instituer par cet Etat, doit être considérée comme compatible avec le marché intérieur, en dérogation des dispositions de l'article 107 [TFUE](#). Une telle demande peut suspendre la procédure en cours devant la Commission. Cette dernière doit cependant statuer en l'absence de position du Conseil prise dans les trois mois suivant la demande (article 108 paragraphe 2 TFUE).

Les aides non autorisées ne peuvent pas être accordées. La Commission doit en principe exiger le remboursement par les bénéficiaires, à l'autorité ou à l'entité qui les a octroyées, des aides qui auraient déjà été versées et qu'elle a considérées comme incompatibles avec le traité. Depuis 2000,

elle a ainsi demandé le remboursement de 8,7 milliards d'euros d'aides incompatibles versées prématurément et avait obtenu fin 2006 le remboursement effectif à hauteur de 7,2 milliards d'euros.

La Commission est tenue de se prononcer au fond, même si le simple non respect des procédures (absence de notification ou mise en œuvre avant décision positive) lui permet d'imposer, par décision provisoire, la suspension de l'aide.

En 2006, la Commission a examiné 921 affaires d'aides d'État et a rendu 710 décisions. 96% des aides notifiées ont été autorisées.

Si les juridictions nationales, qui peuvent par exemple être saisies par un concurrent du bénéficiaire, ne peuvent se prononcer au fond sur la compatibilité d'une aide avec l'article 107 TFUE, elles peuvent en revanche déterminer si une mesure constitue ou non une aide d'État au sens du traité. Si tel est le cas, et s'il est constaté qu'elle n'a pas été notifiée ou bien a été mise en œuvre avant son approbation par la Commission, l'aide doit être déclarée illégale et, le cas échéant faire, être remboursée si une demande en ce sens est formulée. Dans l'hypothèse où une aide déclarée compatible avec le marché commun a été mise en œuvre avant l'autorisation de la Commission, les juridictions nationales saisies d'une demande en ce sens doivent à tout le moins exiger le versement d'une somme représentative des intérêts qu'aurait acquittés le bénéficiaire pour se procurer les sommes correspondantes s'il avait dû se les procurer sur le marché pendant la période précédant l'autorisation de la Commission (arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 12 février 2008, CELF/SIDE, C-199/06). Si les conditions en sont réunies, les juridictions nationales peuvent aussi retenir la responsabilité du pourvoyeur à l'égard du demandeur (voir AJDA 2000, p. 371).

5-4 La question des monopoles.

La question de la compatibilité avec le droit communautaire des monopoles instaurés par la puissance publique est complexe. Ils peuvent être appréhendés non seulement au regard des règles de concurrence stricto sensu, mais aussi au regard des règles sur la libre circulation des marchandises, sur la liberté d'établissement et sur la libre prestation de services. Aussi, se contente-t-on ici d'aborder les grands principes qu'impose directement le traité aux États membres, tout en soulignant que ceux-ci peuvent décider d'aller plus loin en adoptant des directives de libéralisation au titre de la construction du marché intérieur, comme ils l'ont fait depuis le milieu des années quatre-vingt dix dans la plupart des secteurs de service public industriel et commercial.

La création même de monopoles pour des services publics de nature non économique est toujours possible : arrêts du [17 février 1993, Poucet et Pistre \(C-159/91 et C-160/91, Rec. p. I-637\)](#) , et du [19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol \(C-364/92, Rec. p. I-43\)](#) . Toutefois, dans l'exercice de leurs missions, ces monopoles doivent respecter les grandes libertés consacrées par le traité, même s'ils sont soustraits aux règles de concurrence stricto sensu : arrêts du [7 février 1984, Duphar e.a., \(238/82, Rec. p. 523\)](#) et du [28 avril 1998, Kohll/Union des caisses de maladie \(C-158/96, Rec. p. I-1931\)](#).

La création de monopoles ou l'octroi de droits exclusifs de nature économique, n'est pas, en soi, prohibée. Toutefois, l'article 106 [TFUE](#) (ex-article 86 TCE) rappelle que les États membres, en ce qui concerne les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, ne doivent ni édicter, ni maintenir aucune mesure contraire aux règles des traités, en particulier celles édictées par les articles 101 à 109, précédemment étudiées. Le même article dispose par ailleurs que les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (désignés par l'acronyme SIEG) ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises à ces règles, dans

les limites où leur application ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. L'institution de monopoles d'origine publique doit, en pratique, être fondée sur des motifs d'intérêt général permettant de justifier l'atteinte à la libre concurrence.

La jurisprudence n'est pas toujours très claire sur le sujet (débat historique sur la question de savoir si la création d'un monopole implique en elle-même un abus de position dominante, ou si un tel abus ne peut le cas échéant être avéré que dans l'exercice dévoyé du monopole) mais le point d'équilibre suivant semble avoir été trouvé.

Le monopole est justifié, notamment au regard de la restriction de concurrence que constitue l'impossibilité d'obtenir le produit ou le service en cause auprès d'un autre opérateur, si, en l'absence du monopole, les obligations de service public qui lui sont imposées ne pourraient plus être assurées, notamment dans des conditions économiques acceptables. Parfois, l'« autorisation » du monopole est accordée sur le fondement de l'article 86, paragraphe 2, CE (désormais l'article 106, paragraphe 2 TFUE) ou d'une autre disposition dérogatoire comme l'ex-article 30 TCE (par exemple, arrêt du 21 septembre 1999, Albany, C-67/96, Rec. p. I-5751) parfois sur la simple constatation que la création du monopole n'entraîne pas en l'espèce et en elle-même l'abus de position dominante allégué (par exemple arrêts du [5 octobre 1994, Centre d'insémination de la Crespelle, C-323/93, Rec. p. I-5077](#) et du [12 septembre 2000, Pavlov e. a., affaires jointes C-180/98 à C-184/98, Rec. p. I-6451](#)).

Les monopoles peuvent être jugés contraires au traité dans différentes hypothèses : monopole incapable de répondre convenablement à la demande de produits ou services pour lesquels il dispose de droits exclusifs (arrêts du [23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979](#) et du [10 décembre 1991, Merci Convenzionali Porto di Genova, C-179/90, Rec. p. I-5889](#)), monopole en situation de conflit d'intérêt (arrêts du [13 décembre 1991, GB-Inno-BM, C-18/88, Rec. p. I-5941](#), du [27 octobre 1993, Procédure pénale contre Decoster, C-69/91, Rec. p. I-5335](#)), monopole fonctionnant sur la base de règles contraires à des règles fondamentales du traité (arrêts [Merci Convenzionali Porto di Genova, précité](#) et du [17 mai 1994, Corsica Ferries, C-18/93, Rec. p. I-1783](#)), monopole abusant nécessairement de sa position dominante compte tenu de ses règles de fonctionnement (mêmes arrêts).

S'agissant plus particulièrement des monopoles nationaux de caractère commercial, visés par l'article 37 TFUE (ex-article 31 TCE), les monopoles d'importation et d'exportation sont considérés comme contraires à cet article, sauf à être justifiés au titre de l'article 106 TFUE (ex-article 86, paragraphe 2, TCE) ou l'article 36 TFUE, ex-article 30 TCE (arrêts du [23 octobre 1997, Commission/Pays-Bas, Commission/Italie, Commission/France, Commission/Espagne, dits « monopoles d'importation et d'exportation de l'électricité et du gaz », C-157/94 à C-160/94, Rec. p. I-5699](#)). Une interdiction d'importation directe par des particuliers liées à l'existence d'un monopole de vente au détail a été appréhendée de la même manière (arrêt du 5 juin 2007, Rosengren, C-170/04). Les monopoles de commerce de gros suivent à peu près le même régime, tandis que les monopoles de vente au détail sont possibles s'ils assurent bien l'absence de toute discrimination entre produits des différents Etats membres (arrêt du [14 février 1995, Banchemo, C-384/93, Rec. p. I-4663](#) et du [23 octobre 1997, Franzén, C-189/95, Rec. p. I-5909](#), arrêt du [31 mai 2005, Hanner, C-438/02, Rec. p. I-4551](#)).

Les monopoles économiques justifiés dans leur principe doivent, dans l'exercice de leur activité et dans le cadre de leur autonomie de comportement, respecter les règles de concurrence (notamment pas d'abus de position dominante dans l'exercice de la mission) et les autres règles du traité (voir arrêt du [5 octobre 1994, Centre d'insémination de la Crespelle, précité](#)).

- [CJCE, 23 avril 1991, C-41/90, Höfner & Elser](#)
- [CJCE, 14 février 1978, C-27/76, United Brands](#)
- [CJCE, 30 juin 1966, C-56/65, Société technique minière](#)
- [CJCE, 14 juillet 1972, C-48/69, Imperial Chemical Industries Ltd](#)
- [CJCE, 25 octobre 1977, C-26/76, Metro SB-Grössmarkte GmbH et Co Kg, dit "Metro I"](#)
- [CJCE, 6 février 1973, C-48/72, Brasseries de Haecht](#)
- [CJCE, 21 février 1973, C-6/72, Europemballage Corporation et Continantal Can Co Inc](#)
- [CJCE, 15 juillet 1970, C-41/69, ACF Chemiepharma](#)
- [CJCE, 18 septembre 1992, C-24/90, Automec srl, dit "Automec II"](#)
- [CJCE, 6 mars 1974, C-6 et 7/73, Instituto Chemioterapico italiano spa \(ICI\) Commercial Solvents Corporation, dit "Zoja"](#)
- [CJCE, 13 février 1969, C-14/68, Walt Wilhelm](#)
- [CJCE, 31 mars 1998, C-68/94 et C-30/95, République française c./ Commission](#)

L'ensemble des règles de droit communautaire de la concurrence et des lignes directrices guidant leur application sont accessibles via le site internet de la Direction générale de la concurrence de la Commission (DG Competition, actuellement présidée par M. Joaquim Almunia), http://ec.europa.eu/competition/index_en.html.

6 L'insolvabilité des sociétés

Contenu de la formation : Les règles applicables aux procédures d'insolvabilité transfrontalières

Le règlement communautaire CE n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

Le droit international privé de l'insolvabilité s'inscrit dans le prolongement du droit international privé des entreprises, caractérisé par la liberté d'établissement et la liberté de prestation. Il s'intègre d'autre part dans les aspects internationaux de la défaillance des entreprises.

La faillite, ou l'« insolvabilité », sanctionne l'interruption du cycle normal d'activité et une cessation durable des paiements (illiquidité), parfois une insuffisance d'actif (surendettement), selon les critères d'ouverture retenus par les différents droits nationaux. Comme on le sait, ces procédures sont généralement contrôlées par les tribunaux ou les autorités administratives (notamment pour les établissements de crédit et les assurances, soumis au contrôle des autorités publiques ou sur un autre plan pour les consommateurs qui s'adressent à la Banque de France, par l'intermédiaire des commissions de surendettement).

La reconnaissance internationale des décisions judiciaires en ce domaine a été rendue possible par le Règlement communautaire sur les procédures d'insolvabilité n°1346/2000, adopté le 29 mai 2000 et en vigueur depuis 6 ans (le 31 mai 2002). Il a été complété en ce qui concerne les procédures couvertes par son champ d'application depuis notamment en 2006 pour y intégrer en particulier la procédure de sauvegarde. Cette période permet déjà d'apprécier l'efficacité et la pertinence des règles, et identifier les difficultés d'application. Il est nécessaire de rappeler les principes adoptés par ce règlement, car sa mise en oeuvre a révélé des insuffisances et des risques d'interprétations divergentes ou contradictoires.

Les objectifs du règlement étaient, et sont toujours, de faciliter la reconnaissance des décisions ouvrant une procédure d'insolvabilité, d'en assurer l'efficacité, et de simplifier l'exécution des décisions rendues dans le cadre de ces procédures. Le règlement contient principalement des règles de compétence, des règles de conflit de lois et des règles de coordination des procédures parallèles. Il contient en outre dans un chapitre distinct quelques dispositions matérielles, destinées à faciliter l'exécution des droits des créanciers. On en rappellera ici l'essentiel, avant d'évoquer l'interprétation qu'en donnent les tribunaux .

6-1 Les principes communautaires du droit de l'insolvabilité.

6-1-1 Les règles de compétence.

Le règlement est inspiré par le principe d'universalité de la faillite, qui conduit à favoriser l'ouverture d'une procédure unique, à l'égard des entreprises insolvable, en vue de régler tous leurs actifs, dans l'ensemble des pays où ils sont situés.

De là viennent deux règles essentielles :

Tout d'abord, la procédure ouverte dans l'Etat où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux est qualifiée de « procédure principale ».

Ensuite, cette procédure produit ses effets dans tous les autres Etats membres (1).

La première de ces règles est fondamentale, car elle pose un critère de compétence internationale. C'est la règle qui a, en même temps, suscité le plus de différences d'appréciation. La seconde règle résout le conflit de lois en faveur de la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure.

Parallèlement, le règlement a voulu respecter et réserver les droits des créanciers domiciliés dans les autres Etats membres, en permettant l'ouverture de procédures territoriales, à l'égard des établissements secondaires qu'un débiteur peut exploiter dans les autres Etats (2). Le principe appliqué ici est celui de la territorialité de la faillite, puisque cette procédure territoriale ne produit d'effet que dans l'Etat où cet établissement est situé (3). Cette limitation volontaire permet aussi de concilier une procédure principale, ouverte au centre des intérêts principaux du débiteur, et la, ou les, procédures territoriales, ouvertes dans d'autres Etats membres, à l'égard des établissements secondaires du débiteur.

Le règlement communautaire définit le centre des intérêts principaux et l'établissement comme suit : « le centre des intérêts principaux est le lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts, et qui est donc vérifiable par les tiers » (4). Il correspond au siège réel d'une entreprise, par opposition au lieu d'incorporation, reconnu par le droit anglais ou le lieu d'immatriculation et ajoutant la connaissance des tiers.

De plus, une présomption est édictée en faveur du siège social des personnes morales (5).

Quant à l'établissement, il est défini comme « tout lieu d'opération où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens » (6).

Dès à présent, nous observons qu'avec ces définitions, le règlement ne traite pas de la situation des filiales, mais seulement celles des succursales dépourvues de personnalité juridique. Un établissement ne peut être qualifié d'autonome, et le règlement communautaire est conforme sur ce point aux conceptions du droit général, adoptées par la convention de Bruxelles du 27 septembre

1968 et le règlement n°44/2001 du 22 décembre 2001, qui l'a remplacé (7).

Ces définitions relèvent naturellement de l'examen des tribunaux saisis, qui doivent appliquer la définition uniforme communautaire, mais selon leur propre appréciation. En déclarant applicable la loi de l'Etat d'ouverture, le règlement vise le droit de l'insolvabilité, mais aussi le droit international privé de cet Etat, ce qui constitue une règle de renvoi par ex. à la notion de domicile.

On voit ainsi que des tribunaux d'Etats différents peuvent s'estimer chacun compétents pour ouvrir une procédure principale, s'ils considèrent tous deux que le centre des intérêts principaux du débiteur est sur leur territoire. On ajoutera que des différences peuvent aussi résulter de l'application automatique des règles du droit national si celui-ci détermine le moment où le critère doit être apprécié, à la date de la saisine du tribunal, à la date où celui-ci statue ou à tout autre moment... Quant aux filiales, volontairement laissées hors du champ d'application, le règlement considère implicitement que, s'agissant de sociétés juridiquement distinctes et indépendantes, leur sort devait être réglé séparément, en fonction du droit national dont elles relèvent.

6-1-2 Les règles de conflit.

Le règlement a adopté comme principe essentiel l'application de la loi de l'Etat d'ouverture pour « tous les effets de la procédure d'insolvabilité, qu'ils soient procéduraux ou substantiels, sur les personnes et les rapports juridiques concernés » (8). Mais le règlement réserve expressément en les visant différentes situations juridiques particulières, en vue d'écarter l'application de cette loi à certains effets spécifiques de la procédure.

C'est ainsi que les droits réels d'un tiers sur un bien, qui était localisé dans un autre Etat membre au moment de l'ouverture de la procédure, ne sont pas affectés par celle-ci (9). On évoquera ici deux problèmes d'interprétation de cette règle : cette exception n'écarter pas seulement la loi de l'Etat d'ouverture au profit d'une autre loi, mais écarte volontairement les effets directs de la décision d'ouverture sur le droit lui-même. En revanche, elle ne doit pas exclure totalement le bien grevé du périmètre de la procédure d'insolvabilité : ainsi le syndic pourrait appréhender ces biens et les réaliser, du moment qu'il respecte les droits des tiers régulièrement inscrits. Le règlement a voulu garantir ainsi la sécurité juridique, en sauvegardant les droits réels régulièrement constitués sur des biens qui n'étaient pas susceptibles d'entrer dans le champ d'application d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre Etat, suivant l'intention commune des parties ou la prévisibilité raisonnable que les parties pouvaient faire.

Un second aspect de cette règle porte sur la localisation des biens concernés. Si cette localisation est aisée pour des meubles corporels, elle est plus difficile à l'égard des meubles incorporels, tels que des créances que le débiteur détient sur un tiers. À cet égard, le règlement édicte une définition : la créance est considérée comme localisée dans l'Etat où le tiers débiteur a le centre de ses intérêts principaux (10). Les difficultés viennent de l'appréciation de cette localisation, dans les mêmes termes que pour les règles de compétence ci-dessus évoquées.

Ainsi, si le tiers dépend d'une société étrangère (par exemple la succursale d'une banque détenant les comptes du débiteur), le centre des intérêts principaux de ce tiers pourra être apprécié différemment, et visera aussi bien la succursale que le siège statutaire de la société.

Une question importante a été laissée de côté, le droit des sociétés applicable. C'est que le règlement considère qu'il n'y a pas de réel conflit de lois à cet égard. Pour des biens ou une succursale situés à l'étranger, seul le droit des sociétés de l'Etat d'ouverture peut s'appliquer, sans être concurrencé par un autre droit. Si le centre des intérêts principaux du débiteur ne correspond pas au siège statutaire, le droit de l'Etat d'ouverture demeure applicable au sort de la personne morale, tandis que le droit du centre des intérêts principaux régira le sort des actifs et du

patrimoine...

6-1-3 La coordination des procédures.

La coordination des procédures parallèles est évoquée ici pour mémoire, car elle n'a pas donné lieu à des difficultés d'application.

On peut rapprocher de cette question celle de l'ouverture de procédures secondaires, puisque c'est dans ce cadre que les règles assurant la coordination ont un sens.

Le règlement reconnaît la possibilité d'ouvrir une procédure secondaire, par définition après l'ouverture de la procédure principale, chaque fois le débiteur exploite un établissement dans un autre Etat membre que celui où il a le centre de ses intérêts principaux (11). Cette procédure secondaire, aux effets strictement territoriaux, est nécessairement une procédure de liquidation, le règlement ayant recherché par cette règle à concilier la procédure principale et les modalités de la procédure secondaire ainsi que leur coordination (12).

Une telle procédure peut être ouverte à la demande des personnes habilitées par le droit applicable à cette procédure (suivant la loi de la faillite nationale), mais aussi à la demande de l'administrateur de la procédure principale, si l'ouverture d'une telle procédure est conforme aux objectifs de celle dans laquelle il a été désigné (13).

C'est dans le même esprit que cet administrateur peut demander des mesures telles que la conversion en liquidation d'une procédure territoriale ouverte antérieurement (14), la suspension des opérations de liquidation (15) ou le transfert des actifs résiduels après paiement des créances produites dans cette procédure secondaire (16).

6-1-4 Les droits des créanciers.

À l'égard des créanciers, diverses dispositions de droit matériel ont été adoptées pour faciliter l'exercice de leurs droits, dispositions qui s'imposent et s'ajoutent le cas échéant aux règles locales de chaque Etat.

C'est ainsi que tous les créanciers se voient reconnaître le droit de produire leurs créances dans toute procédure (principale ou secondaire) et le règlement a consacré ici le droit de produire une créance au profit des administrations fiscales et des organismes de sécurité sociale (17).

Tous les créanciers doivent être avisés individuellement de cette faculté, par une notice individuelle adressée par l'administrateur de la procédure, mentionnant dans toutes les langues officielles de l'Union européenne les termes : « Invitation à déclarer une créance. Délais à respecter » (18). Quant au contenu, la notice doit évidemment correspondre au droit national applicable.

Les créanciers peuvent faire valoir leurs créances dans leur propre langue à condition d'intituler leur production : « Déclaration de créance », dans la langue ou l'une des langues officielles de l'Etat d'ouverture (19). Mais ils doivent se soumettre aux conditions de forme et de délais du droit applicable.

Les créances déclarées dans une procédure sont transmises par l'administrateur à son confrère désigné dans une autre procédure (20).

Les paiements effectués au profit des créanciers par chacune des procédures ouvertes doivent respecter un principe d'égalité, en fonction de la catégorie des créanciers désintéressés, sous réserve des règles locales relatives aux privilèges et aux modalités de paiement (21).

Quant aux créances admises dans une procédure secondaire, elles doivent être payées par priorité dans le cadre de cette procédure, selon la loi locale applicable, avant que les actifs résiduels soient transférés à l'administrateur de la procédure principale (22).

Ces différentes règles dont chacune mériterait des développements, n'ont pas, semble-t-il, donné lieu à des difficultés particulières.

6-2 Les difficultés d'application du règlement communautaire.

6-2-1 L'appréciation du critère de compétence.

Le centre des intérêts principaux du débiteur détermine la compétence internationale des tribunaux pour ouvrir une procédure d'insolvabilité à vocation « universelle ».

Si la règle établie par le règlement du 29 mai 2000 est claire, son application reste hasardeuse pour plusieurs raisons.

Deux tribunaux peuvent avoir, simultanément ou presque, une appréciation différente du critère.

En adoptant une simple présomption (en faveur du siège statutaire), le règlement ouvre la porte à la contestation du critère fondé sur le siège social au profit du siège réel.

Un tribunal peut ignorer l'ouverture d'une procédure principale à l'étranger, au moment où il examine la situation du débiteur.

Il peut également considérer que la procédure principale étrangère dont il a connaissance produirait des effets manifestement contraires à son propre ordre public, et peut donc l'écarter comme le règlement le permet (23).

Une entreprise peut avoir un centre stratégique dans un Etat, une direction commerciale dans un second Etat et un centre d'activité et de production dans un troisième Etat, tandis que les actionnaires sont majoritairement domiciliés ailleurs...

Le critère appliqué par les tribunaux européens s'appuie sur la notion du centre de direction ou celles de « head quarter functions » ou de « mind of management ». Plusieurs tribunaux ont ainsi eu à ouvrir des procédures en s'interrogeant sur le contenu du critère adopté.

Commençons par les tribunaux britanniques, puisqu'ils sont les premiers dans la série des décisions appliquant ce critère.

La High Court de Londres avait ouvert le 4 juin 2002 une procédure d'insolvabilité contre une société espagnole, la filiale espagnole de la société Enron, bien que les actifs et les employés de la société étaient tous en Espagne. Elle considérait pour ce faire que le centre des intérêts principaux était à Londres, et que la société elle-même avait des relations financières avec la succursale espagnole de la Citybank Plc de Londres (24).

Peu de temps après, le 16 mai 2003, la High Court de Leeds avait ouvert une procédure principale contre une société de droit français, la société Daisytek, filiale française d'une holding établie en Angleterre en considérant que les « headquarter functions », le « mind of management » étaient exercées à Bradford au Royaume-Uni. Plusieurs critères étaient retenus en ce sens : l'accord de la maison mère pour les ventes supérieures à 5000 £, le support technologique, le point de départ des livraisons aux clients allemands et français, la protection des brevets, la direction des affaires générales et les négociations avec les fournisseurs...

La procédure a été reconnue par la Cour d'appel de Versailles le 4 septembre 2003, et par la Cour de cassation (25). La même cour de Leeds avait ouvert en même temps une procédure d'insolvabilité contre la filiale allemande de la même société anglaise Daisytek. Le tribunal de Düsseldorf a aussi reconnu la procédure principale, mais a néanmoins décidé d'ouvrir une procédure secondaire locale (26).

A la même époque, la même Cour de Leeds ouvrait plusieurs procédures contre les filiales de la société anglaise Criss cross Telecommunications Group, situées en Allemagne et en Suisse. Elle

faisait usage du même argument, en s'appuyant par une référence (curieuse) au fait que les filiales en question concluaient avec leurs propres clients des contrats soumis au droit anglais (27).

La High Court de Londres avait également ouvert, le 7 février 2003, une procédure principale contre une société américaine la société BRAC Rent-a-car, bien que celle-ci soit déjà soumise à une procédure de banqueroute aux Etats-Unis, suivant le Chapitre 11 du Code américain. Elle a estimé pour cela que la plupart des employés et des activités étaient à Londres (28). Il est vrai que dans cette hypothèse le règlement communautaire n'imposait pas de reconnaître une procédure antérieure ouverte en dehors de l'Union européenne.

Ces pratiques ont inspiré les tribunaux du continent.

En Italie, le tribunal de Parme avait ainsi ouvert une procédure principale contre une société irlandaise la société Eurofood IFSC, qui était la filiale irlandaise du groupe Parmalat (29).

On soulignera le contexte particulier de cette affaire, qui s'inscrit dans le cadre d'un groupe important contrôlant de nombreuses filiales et pour lequel une procédure administrative ad hoc l'administration extraordinaire a été créée et instituée, destinée aux grandes entreprises ayant plus de 1000 salariés et plus d'un Milliard d'€ de dettes. Le tribunal de Parme a retenu comme éléments d'appréciation le fait que les deux principaux membres du conseil d'administration étaient des dirigeants italiens du groupe Parmalat. Ce qui posait problème ici, c'est que, peu avant, un tribunal irlandais avait lui aussi été saisi (par une banque américaine créancière), d'une demande d'ouverture d'une procédure principale contre la même société. Le tribunal irlandais avait fait droit à la demande de ce créancier : ainsi deux procédures principales étaient ouvertes presque en même temps). Cette question avait été jugée suffisamment sérieuse pour que la Cour suprême d'Irlande décide d'interroger, par la voie d'une question préjudicielle, la Cour de Justice des Communautés Européennes. Celle-ci a répondu par un arrêt important du 2 mai 2006, que le centre des intérêts principaux du débiteur devait s'apprécier à partir d'éléments objectifs et que le seul fait qu'une filiale soit contrôlée par sa maison mère ne suffisait pas à caractériser que ce centre était aussi au siège de la maison mère (30). Il faut ici souligner la combinaison du droit communautaire et du droit national. Le droit communautaire suggère de reconnaître la priorité à la première des procédures ouvertes. Le tribunal irlandais considérait que la procédure avait commencé non par son jugement, mais par le dépôt de la demande enregistrée au tribunal et la désignation d'un syndic provisoire. Dans l'espèce, la demande du créancier américain et l'intervention de ce syndic provisoire étaient antérieures à la décision du juge italien. La priorité devrait donc être donnée à la décision irlandaise (et cela bien que l'Annexe du règlement ne mentionnât pas une telle procédure provisoire...).

En Allemagne, les tribunaux ont aussi tiré les leçons de la jurisprudence britannique. Le tribunal de Munich avait ouvert le 4 mai 2004 une procédure contre une filiale autrichienne d'une société allemande la société Hettlage, au vu de la gestion de la société qui était centralisée à Munich: décisions stratégiques, gestion du personnel, comptabilité et systèmes informatiques (31). De même le tribunal d'Offenburg avait ouvert le 2 août 2004 une procédure principale à l'encontre de la filiale autrichienne d'une autre société allemande, la société Hulka-Werke (32).

Les tribunaux belges ont fait également une analyse concrète des éléments de fait. Ainsi le tribunal de commerce de Bruxelles avait-il ouvert une procédure principale contre une société anglaise le 29 juillet 2003. Le siège statutaire était en Angleterre, mais les juges estimaient que l'établissement belge était le véritable centre des intérêts principaux de la société. Le même tribunal avait également jugé qu'une société de droit belge, la société Eurogyp, avait toujours le centre de ses intérêts principaux en Belgique bien qu'elle ait transféré à Paris son siège car elle y faisait toujours ses déclarations fiscales et sociales. .. (33).

Face à une procédure déjà ouverte à l'étranger, les tribunaux n'ont pas à examiner le critère appliqué, et, doivent en théorie reconnaître la procédure principale étrangère, si elle a été ouverte à ce titre. Le règlement subordonne la reconnaissance d'une procédure étrangère à l'application du critère de compétence du centre des intérêts principaux, mais la « confiance mutuelle » due aux décisions judiciaires étrangères des autres Etats membres interdit d'examiner à nouveau le critère appliqué. En reconnaissant la procédure ouverte par la High Court de Leeds, la Cour d'appel de Versailles a fait une application scrupuleuse de l'esprit du règlement communautaire, lorsqu'elle a considéré qu'aucune autre procédure ne pouvait être ouverte, comme procédure principale, dès lors que le tribunal anglais avait qualifié ainsi sa décision, ce qu'a confirmé la Cour de cassation le 27 juin 2006 (34).

L'ouverture d'une procédure secondaire reste néanmoins possible. Les juridictions des autres Etats membres peuvent décider d'ouvrir une procédure secondaire, si l'entreprise insolvable exploite un établissement secondaire dans leur ressort. C'est ce qu'on fait plusieurs tribunaux.

Le tribunal de commerce de Charleroi a ainsi constaté, le 16 juillet 2002, qu'une société française avait été mise en liquidation judiciaire par un tribunal français. Ils ont accepté de prononcer l'ouverture d'une procédure secondaire, bien que dans l'espèce la société française ait eu son centre d'activité en Belgique. Mais il s'agissait ici d'un simple établissement (35). Le tribunal de commerce de Bruxelles a fait de même le 18 novembre 2002, à l'égard d'une société de droit luxembourgeois déjà en faillite. Le tribunal a ouvert une procédure secondaire à la demande d'un créancier public belge pour des cotisations dues par la société au titre de cet établissement (36).

Enfin des tribunaux français ont à leur tour fait application du règlement. Ainsi le tribunal de grande instance de Sarreguemines a ouvert le 20 avril 2004, une procédure secondaire de manière conforme au règlement contre la succursale française d'une société allemande insolvable, la société Sanicentral, à la demande de l'administrateur d'insolvabilité allemand. Il a en outre prononcé la liquidation judiciaire de cette succursale sans analyser ses chances de redressement, comme le prescrit le règlement communautaire, étant souligné que, si aucune procédure principale n'est encore ouverte au centre des intérêts principaux, une procédure territoriale peut être ouverte sous la forme d'une procédure de redressement judiciaire (37).

Plus tard, le Tribunal de commerce de Nanterre a ouvert plusieurs procédures d'insolvabilité à l'encontre d'une société française la société EMTEC et de plus de dix sociétés du même groupe, en vue d'un traitement coordonné des différentes filiales, considérant que pour chacune d'elles le centre de leurs intérêts principaux se trouvait au siège de la société mère (38).

Mais l'ouverture d'une procédure secondaire a pu être également décidée, non plus seulement pour un établissement secondaire, mais pour une véritable filiale, contrairement au texte même du règlement communautaire, qui ne vise que l'établissement d'un débiteur déjà insolvable dans un autre Etat.

C'est ainsi que le tribunal de Cologne a, le 23 janvier 2004, ouvert une procédure secondaire pour une société allemande, la société Automold, dont un tribunal anglais avait déjà prononcé l'administration judiciaire, en admettant que la filiale constituait un établissement au sens du règlement, et désigné (en faisant application de la Eigenverwaltung prévue par le § 270 du code allemand de l'insolvabilité) des liquidateurs anglais comme dirigeants de la filiale (39). C'est également ce qu'a décidé le tribunal de Düsseldorf dans la décision déjà mentionnée à l'égard de la société allemande Daisytek, filiale déjà visée par la procédure ouverte par les juges britanniques (40).

6-2-2 Les effets d'une procédure principale.

Le règlement, inspiré par l'idée d'universalité de la faillite, considère que la procédure principale ouverte produit ses effets dans tous les autres Etats membres.

Plusieurs tribunaux ont tiré les conséquences de cette universalité, souvent conforme à leur propre conception du droit de la faillite. C'est ainsi qu'un tribunal néerlandais s'est prononcé sur le sort d'une saisie pratiquée par un créancier néerlandais sur un navire appartenant à une société française. La société française était en liquidation. Son liquidateur s'était opposé à la mesure de saisie individuelle. Le tribunal de Middelburg lui a donné raison. On peut souligner ici que le juge a admis l'universalité de la procédure d'insolvabilité française par un jugement rendu le 16 février 2001, par anticipation sur le règlement, qui n'était pas encore applicable (41).

À l'égard des instances en cours, le règlement reconnaît aux procédures d'insolvabilité un effet interruptif sur toutes les poursuites individuelles. Ces poursuites sont en principe régies par la loi de l'Etat d'ouverture, qui a vocation à définir les droits individuels des créanciers.

Mais pour les procédures judiciaires en cours, le règlement a jugé préférable de préciser que les effets de la procédure d'insolvabilité devaient être exclusivement régis par la loi de l'Etat où cette procédure judiciaire est en cours. Il s'agit en effet de règles de procédure, que le droit local peut seul réglementer.

Un tribunal belge, qui était saisi d'une procédure opposant une société belge à son fournisseur anglais, a ainsi pris acte de l'ouverture d'une procédure de redressement en Grande-Bretagne, tout en appliquant le droit belge, pour déterminer les modalités de la suspension de l'instance (42).

A l'égard de la production des créances, le droit international privé soumet traditionnellement la production et la vérification des créances au droit de l'Etat d'ouverture, ce que prévoit expressément le règlement communautaire (43).

Mais le droit de l'Etat d'ouverture ne peut écarter totalement le droit étranger applicable à la créance elle-même et à sa validité, parfois même aux sûretés qui garantissent le recouvrement d'une créance. Un créancier américain avait produit sa créance, devant un tribunal hollandais, une créance correspondant à la commande une société néerlandaise qui n'avait pas été honorée. Le créancier avait subi un dommage, du fait de la revente à perte des produits commandés et non acceptés. La société néerlandaise étant mise en liquidation, son curateur a contesté la validité de la commande passée par une personne n'ayant pas le pouvoir de représenter la société selon le droit néerlandais. Le tribunal de Arnhem a fait application non pas du droit néerlandais, en principes applicable, mais du droit américain auquel le contrat lui-même devait être soumis, en fonction de la Convention de Vienne sur les ventes (44).

Quant aux droits des salariés, il n'existe pas à ce jour de jurisprudence, sur la question du droit applicable et des garanties des salaires, sinon le fait que, dans l'affaire Rover, le tribunal britannique a admis d'appliquer aux salariés des sociétés étrangères du groupe les privilèges prévus par chaque loi.... On rappellera à cet égard que le règlement soumet les effets d'une procédure d'insolvabilité sur les contrats de travail à la loi applicable à ces contrats (45), et que parallèlement une Directive européenne du renvoi la garantie des salaires au droit de l'Etat où les salariés ont exercé leur activité : la loi du 30 janvier 2008, transcrivant cette directive a ainsi confié à l'AGS l'indemnisation des salariés ayant travaillé en France pour un employeur étranger (46). Dans ce contexte, on relève que du fait de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un Etat, les salariés qui étaient employés dans un autre Etat doivent s'adresser au fonds de garantie de cet Etat, là où ils ont eu leur activité. Cette situation a conduit les administrateurs de sociétés insolubles à licencier des salariés sans assurer leur indemnisation, et peut inciter des transferts d'emplois non rentables dans un autre Etat avant l'ouverture d'une procédure.

Il s'agit là d'un forum shopping d'un nouveau genre, forum shopping que le Considérant n°4 du règlement prohibe expressément.

6-3 Conclusion

Les difficultés d'application et d'interprétation que révèle le règlement communautaire sur les procédures d'insolvabilité doivent rendre les praticiens et les tribunaux attentifs, car plusieurs facteurs sont une source d'insécurité juridique.

Tout d'abord le forum shopping, illustré par plusieurs des décisions citées ne permet pas aux partenaires commerciaux des entreprises d'identifier clairement le risque d'insolvabilité ni le droit applicable en cas d'ouverture d'une procédure.

Le défaut d'information en temps réel de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est un autre risque. Le règlement communautaire prévoit bien la publication et l'inscription éventuelle des décisions d'ouverture, mais en laisse l'initiative à l'administrateur de chaque procédure, en fonction des nécessités de celle-ci et de l'intérêt que peut présenter une telle publication (47). Cela expose les créanciers et les juridictions étrangères à intervenir, à l'aveugle, à l'égard d'une entreprise susceptible d'être soumise à une procédure d'insolvabilité à leur insu.

L'élargissement de l'Union européenne a des effets négatifs sur la prévisibilité des risques d'insolvabilité. L'adhésion des 10 nouveaux Etats d'Europe centrale augmente l'incertitude, du fait de la reconnaissance de plein droit des décisions rendues dans les Etats membres (48).

L'exécution des décisions étrangères est en principe facilitée par la reconnaissance de plein droit de la procédure principale d'insolvabilité. Mais la mise en oeuvre des décisions rendues dans le cadre d'une procédure a été soumise, par un renvoi explicite du règlement communautaire, à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, à la procédure d'exequatur simplifiée (49). Une incertitude demeure sur l'application alternative de cette Convention ou du règlement communautaire du 22 décembre 2000 qui l'a remplacée bien que la plupart des Etats membres aient choisi de faire prévaloir le renvoi au nouveau règlement (50).

Le risque de décisions contradictoires. La possibilité de décisions contraires ne peut être aisément réglée, de en l'absence d'une harmonisation et d'une régulation par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, qui n'intervient que par le biais d'un renvoi des juridictions suprêmes nationales. Le seul critère de la procédure ouverte en premier lieu, qui n'est d'ailleurs que suggéré dans les Considérants (51), n'évite pas tous les risques de contrariété de jugements à moins que les droits nationaux l'intègrent, comme l'a fait l'Allemagne (52).

Des entreprises ont aussi transféré leur siège d'un pays à l'autre, notamment d'Allemagne en Angleterre, pour bénéficier des procédures d'insolvabilité de droit anglais telles que les sociétés Schefenacker et Deutsche Nickel. Dans le cas similaire d'une autre société allemande également transférée, la société Hans Brochier, les salariés ont obtenu l'ouverture d'une procédure collective concurrente en Allemagne, en invoquant l'ordre public, l'ouverture de la procédure anglaise étant qualifiée de frauduleuse : le tribunal britannique a finalement rétracté son premier jugement en admettant que le transfert de siège était artificiel (53).

L'absence de règles applicables aux groupes. Les difficultés révélées par l'application du règlement en dehors des hypothèses prévues par celui-ci, à l'égard des sociétés dépendant d'un groupe, montrent les risques que génère une reconnaissance automatique des décisions étrangères de l'égard de sociétés relevant d'un droit national, lorsque la filiale affectée ne se trouve pas en difficulté.

Ces incertitudes doivent obliger les praticiens et les tribunaux à gérer des situations d'endettement des entreprises de manière prudente. Elles doivent aussi conduire à une réflexion de la part des Etats membres sur une révision du règlement en vue de mieux coordonner les procédures applicables aux groupes de sociétés.

Références :

On indiquera ici les coordonnées de sites recueillant et commentant des décisions significatives de l'application jurisprudentielle du règlement sur les procédures d'insolvabilité:

Insol international : www.insol.org

International Insolvency Institute : www.iiiglobal.org

European Insolvency Database Michaël M. Ferber, Cimejes GmbH : www.cimejes.com

1. Règl., art. 3.1 et 17.1
2. Règl., art. 3.2 et 3.4
3. Règl., art. 3.2 et 27
4. Consid. n° 13
5. Règl., art. 3.1
6. Règl., art. 2 h)
7. Règl. CE n° 44/2001 du 22 déc. 2000, art. 5.5, qui vise la succursale, l'agence ou tout autre établissement
8. Consid. n°23
9. Règl., art. 5
10. Règl., art. 2 g)
11. Règl., art.3.3
12. Règl., art. 3.2 et 27
13. Règl., art. 29
14. Règl., art. 37
15. Règl., art. 33
16. Règl., art. 35
17. Règl., art. 32 et 39; v. Rémerly, Les aspects européens de la déclaration des créances dans une procédure collective ouverte en France, Rev. Proc. coll. 2003 p. 66
18. Règl., art. 40 et 42.1 ; on trouve des modèle de formules dans le Lamy Droit commercial 2008 n° 4623 et 4624 et sur le site du Réseau judiciaire européen : www.europa.eu.int/comm/justice_home/ejn, rubrique « faillite » sous EU.
19. Règl. Art. 42.2
20. Règl., art. 32.2
21. Règl., art. 4.2 i) et 20
22. Règl., art. 35
23. Règl., art. 26
24. HC Londres, 4 juin 2002, RDAI 2003, p. 658 note Hammeau et Raimon, NZI 2004, p. 648 comm. Pannen et Riedemann
25. HC Leeds, 16 mai 2002, NZI Aktuell 1/2004, comm. Braun, ZIP 2003, p. 1362, ZIP 2004, p. 963; CA Versailles, 4 sept. 2003, D 2003 p.2352 note Vallens, RCDIP 2003 p. 667, note Khairallah, RJDA 2004 n°1 note Mélin, JDI 2004 p.142 note Jacquemont; Cass Com 27 juin 2006, D 2006 p 1816 note Lienhard et D 2006 p 2257 note Vallens
26. AG Düsseldorf, 12 mars 2004, IPRax 2004, p. 431, ZIP 2004, p. 623; CA Düsseldorf, 9 juillet 2004, RIW 2004, p.150
27. HC Leeds, 20 mai 2003, NZI 2004 p. 648, comm. Pannen et Riedemann
28. HC Londres, 7 févr. 2003, All England Law Reports 9 avril 2003, p. 201, ZIP 2003, p. 813

29. Trib. Parme, 19 févr. 2004, ZIP 2004, p. 1220
30. CJCE 2 mai 2006, arrêt Eurofood, Rev Sociétés 2006 p 360 note Rémerly, JCP éd E p 2071, comm. Vallens ; Montéran, La tentation du forum shopping, Gaz Palais 26-27 oct 2007 p 7
31. AG Munich, 4 mai 2004, ZIP 2004, p. 962
32. AG Offenbourg, 2 août 2004, cité par Pannen et Riedemann, EWiR art. Eu InsVO 1/05, p. 74
33. Trib. Comm. Bruxelles, 29 juillet 2003, Dr affaires 2003, p. 94 (CGC Communications Ltd) ; Trib. Comm. Bruxelles, 8 déc. 2003, Dr. Affaires 2003, p. 96, note De Moor (Eurogyp)
34. CA Versailles, 4 sept. 2003, précité, note 25
35. Trib. Comm. Charleroi, 16 juillet 2002, RDCB 2004, p. 811, note Barbé
36. Trib. Comm. Bruxelles, 18 nov. 2002, DAOR 2003, p.88
37. TGI Sarreguemines, 20 avril 2004, n° com. 1/2004/192 ; pour une procédure territoriale de redressement judiciaire : Cass. Com 18 mars 2008, pourvoi n° 06-20.749
38. T com Nanterre 15 déc 2006, D 2006 p 793 note Vallens
39. AG Cologne, 23 janv. 2004, NZI 2004, p. 152
40. CA Düsseldorf, 9 juillet 2004, précité, note 26
41. Trib. Middelburg, 16 févr. 2001, NIPR 2001, p. 369 n° 215, TVR 2001, p. 122
42. Trib. Comm. Furnes, 18 déc. 2002, RDCB 2003, p. 794, obs. Tubeuf
43. Règl., art. 4.2 g).
44. Trib. Arnhem, 15 mars 2001, NIPR 2001, p. 241, n° 119
45. Règl., art. 10, ce qui renvoie à l'art 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, et à partir du 15 décembre 2009 à l'art 8 du règlement n° CE 593/2008 du 15 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles
46. Dir. CEE n° 80/987 du 20 oct. 1980, mod. par Dir. CE n° 2002/74 du 23 sept. 2002 ; L n° 2008-89 du 30 janv 2008, JCP éd E 2008, n° 94 p 7 note Mélin
47. Règl., art. 21 et 22
48. Notamment du fait que lors de leur adhésion, les nouveaux Etats membres ont notifié les procédures d'insolvabilité relevant du règlement sans un examen préalable de leur contenu (Règl. CE 603/2005 du 12 avril 2005)
49. Règl. art. 25.1, qui renvoie aux articles 31 à 51 de la Convention du 27 sept. 1968 à l'exception de l'article 34 (2)
50. Le règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000, bien que substitué à la Convention de Bruxelles du 27 sept. 1968, exclut les faillites, les concordats et les procédures analogues de son champ d'application, et réserve les matières traitées par d'autres instruments (Règl., n° 44/2001 du 22 déc. 2000, art. 1.2 b), 67 et 71). Mais les Etats membres ont opté en faveur de la procédure de délivrance d'un titre exécutoire simplifié et du contrôle a posteriori en raison du principe de « confiance mutuelle ». La France a renoncé à imposer le renvoi littéral à la Convention de Bruxelles, par une circulaire d'interprétation modificative du 15 décembre 2006 qui n'y fait plus référence (Circ NOR JUS C 06.990.C du 15 déc 2006, JCP éd E 2007 n° 1498)
51. Consid. n° 22
52. EGIInsO, art. 102, § 3
53. V Dammann, Un exemple de conflits d'intérêts : le droit des groupes, Gaz. Palais 25-26 juin 2008 p 90