



## Voyage d'études 2002

Journée de travail à l'Université de Droit « La Sapienza »

Rome - Italie

9 novembre 2002

### Le droit français et le droit italien à l'heure de l'Europe



Propos conclusifs par **Marie-Jeanne Campana**, *Agrégée des Facultés de Droit, Professeur à l'Université de Paris X.*

Tout au long de la matinée nous avons fait le point des législations italiennes et françaises, dans deux domaines sensibles du droit des affaires, les sociétés commerciales et la sanction de l'activité économique, domaines qui sont, dans les deux pays, en pleine mutation. Le Professeur Paolo SPADA, dans un français que beaucoup d'entre nous lui envie, nous a brossé le tableau des réformes en cours dans son pays, en nous montrant comment, par rapport à la typologie des sociétés, on aboutissait à « un panorama d'une complexité inquiétante ». Et de s'interroger sur le sens d'une énième réforme. Le professeur Dominique SCHMIDT, avec le brio que nous lui connaissons, nous a montré « le mouvement perpétuel du droit français des sociétés » qui « va tous azimuts, sans gouvernail ». Et en bon universitaire il a jugé nécessaire de rappeler les trois principes fondamentaux du concept de société, le législateur les ayant, semble-t-il, perdus de vue.

En ce qui concerne la sanction de l'activité économique, Maître Georges TEBOUL nous a décrit, avec humour et talent, un autre mouvement perpétuel de réformes, qui n'arrive pas à faire un choix clair entre les différents intérêts en présence, et particulièrement à trancher réellement entre les intérêts des créanciers et ceux de l'entreprise, tandis que le Professeur Maurizio SCIUTO nous a fait part des projets de réforme italiens, sur la base d'un texte de 1942 toujours en vigueur, adapté par la jurisprudence et divers toilettages, mais qui, malgré de grands projets, ne connaîtra sans doute pas, du moins dans l'immédiat, une « grande réforme » de fond, se contentant d'une « petite réforme », fruit d'une absence de vision claire quant au parti à prendre dans ce domaine.

De l'ensemble de ces rapports fort instructifs et documentés, ressort une impression de grande cacophonie et, au bout du compte, d'une certaine incohérence, tant interne aux différentes législations, que par rapport aux législations entre elles. Or, à l'heure de l'Europe, nous ne pouvons pas ne pas nous interroger sur les raisons de cette absence d'harmonie, de cohésion, sur le pourquoi d'une telle diversité en la matière. Pourtant nous sommes dans deux domaines majeurs du droit des affaires, celui qui touche à l'agent du monde économique et celui qui touche à la sanction de l'activité économique. Il me reste donc à m'interroger sur ce point, justifiant par là-même le titre de notre rencontre « Le droit italien et le droit français à l'heure de l'Europe ».

Du point de vue européen, les deux domaines invoqués ont au moins deux points communs : le premier est celui d'avoir connu de grandes difficultés d'harmonisations qui se sont traduites, dans les deux cas, par un règlement communautaire ; le second est la déception que peut procurer le résultat de cette tentative d'harmonisation.

## Les difficultés de l'harmonisation

1. En matière de droit des sociétés, la disparité des législations, sur le plan social et fiscal en particulier, crée des obstacles à la libre circulation des personnes morales. On ne peut guère affirmer aujourd'hui qu'il existe un droit communautaire des sociétés, car malgré la persistance des difficultés dues aux différences des législations nationales, ce droit ne se compose que d'une dizaine de directives et de deux règlements<sup>1</sup>. Quant à l'idée de créer une société européenne, même si elle est ancienne, elle aura mis une bonne quarantaine d'années à voir le jour au travers du règlement du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne<sup>2</sup>. Ancienne en effet, car cette idée date de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle. Elle a été lancée par un juriste italien, Fedozzi, dans son ouvrage publié à Padoue et à Vérone en 1897 et intitulé « Gli enti collectivi nel diritto internazionale privato ». Déjà, avant la naissance des Communautés européennes le Conseil de l'Europe s'était saisi de la question en publiant, en 1952, un projet de compagnie européenne. Puis, l'idée fut relancée en 1959, notamment à l'occasion du 57<sup>ème</sup> congrès des notaires de France<sup>3</sup> ; et dès les années 60, la Commission européenne a mis en œuvre l'article 44 2) g) (ex article 54) du traité instituant la Communauté européenne et fait des propositions afin de coordonner « dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers », ce qui débouche sur le projet SANDERS de 1966 et un projet de règlement de la Commission de 1970. En raison du blocage des discussions dues aux divergences nationales et à l'entrée de la Grande Bretagne dans le Marché commun, ces projets n'aboutirent à aucun texte. En 1987 Jacques DELORS relance le processus qui stagne longtemps. Le rapport DAVIGNON de 1996 insiste sur l'intérêt de la création d'une société européenne tout en mettant l'accent sur les difficultés d'harmonisation en ce qui concerne les modèles nationaux d'information, de consultation et de participation des salariés. Après le Conseil européen de Nice un accord est finalement trouvé et donne naissance à un règlement du 8 octobre 2001 dans lequel on est passé, depuis le projet de 1970, de 284 articles à 68, et à une directive du même jour<sup>4</sup>.
2. Le même schéma se retrouve en matière de procédure collective. L'idée d'avoir une législation commune en la matière compte tenu des difficultés juridiques et pratiques que présente une procédure lorsque les avoirs et les obligations d'un débiteur sont éparpillés sur plusieurs Etats, a mis également une quarantaine d'année à se concrétiser, comme l'a rappelé Maître Georges TEBOUL. Très tôt, le besoin s'est fait sentir dans les Etats de passer des accords sur le plan international pour régler les questions liées à l'insolvabilité d'un débiteur. Des conventions bilatérales ont été passées par la France en particulier<sup>5</sup>, puis des conventions multilatérales, notamment la convention d'Istanbul « sur certains aspects de la faillite », élaborée sous l'égide du Conseil de l'Europe et ouverte à la signature le 5 juin 1990<sup>6</sup>. On est ensuite passé du domaine conventionnel à, la crise de la vache folle aidant, un règlement du 29 mai 2000<sup>7</sup>, entré en vigueur le 31 mai 2002.

Dans ces deux domaines, les avancées du droit commun communautaire se présentent donc comme timides, laborieuses et difficiles. Quel regard peut-on porter sur l'acquis ?

---

1. Règlement du 25 juillet 1985 (n. 2137/85) relatif au groupement européen d'intérêt économique, codifié en droit français aux articles L. 252-1 et s. du Code de commerce, et règlement du 8 octobre 2001 (n. 2157/2001 : JOCE L. 294, 10 nov. 2001) relatif à la société européenne.

2. Règlement du 8 octobre 2001, préc.

3. C. Thibierge, « Le statut des sociétés étrangères » in Le statut de l'étranger et le Marché commun », 57<sup>e</sup> congrès des notaires de France, Tours, 1959. J. Foyer, compte rendu des travaux, Revue du Marché commun, supplément n. 27, 1960, p. 80.

4. Directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001 : JOCE n. L. 294, 10 novembre 2001, p. 22 et s.

## Les résultats de l'harmonisation

1. En matière de droit des sociétés, la création de la SE constitue incontestablement une avancée par rapport au passé. Désormais une grande souplesse règne en la matière. En effet, la société européenne pourra transférer son siège social à l'intérieur de l'Union, pourra se transformer, sans que sa personnalité morale n'en soit affectée, puisque, contrairement à ce qui existe dans certaines législations nationales, il n'y aura pas dissolution. De plus aucune unanimité ne sera requise par de telles décisions. De même, la fusion intracommunautaire, outil que les opérateurs attendaient depuis fort longtemps, est facilitée et simplifiée pour la constitution d'une SE.

Toutefois, malgré ces quelques avantages, la SE reste très décevante, à plus d'un titre.

D'une part, en ce qui concerne les règles d'organisation et de fonctionnement, le règlement prévoit de très nombreux renvois aux législations nationales, ce qui laisse subsister bien des disparités et risque de compromettre la coopération entre les entreprises participantes en provoquant des désaccords. Dès le préambule, le règlement effectue un renvoi aux législations nationales. Il mêle d'ailleurs très largement les règles matérielles et les règles de conflit de loi. Si bien que la société européenne doit être considérée davantage comme une SA de droit national et non comme une société supranationale, intracommunautaire, ce qui était l'idée au départ.

D'autre part et surtout, deux domaines importants qui déterminent le succès de ce nouvel instrument, ont constitué des obstacles majeurs à l'adoption des textes relatifs à la SE, et, en l'état, ne répondent pas aux attentes des praticiens : le domaine social et le domaine fiscal.

*En matière sociale*, la pierre d'achoppement sur laquelle les négociations ont buté tout au long de l'élaboration des textes est la question du droit de représentation des travailleurs au sein de la SE. En effet, même après trente années de négociation, les Etats membres n'ont pas su trancher de manière uniforme la question de la représentation des travailleurs au sein de la SE. La directive 2001/86 propose une procédure de négociation entre représentants des travailleurs et dirigeants des sociétés participantes au sein de la future SE<sup>8</sup>. Cette directive est intimement liée au règlement 21157/2001, puisque si ce dernier entre en vigueur en principe le 8 octobre 2001, conformément à son article 70, il précise qu'une SE ne peut être immatriculée que si les dispositions de la directive du même jour ont été respectées<sup>9</sup>. Or comme le règlement et la directive doivent entrer en vigueur de manière concomitante<sup>10</sup>, l'entrée en vigueur du règlement doit être différée le temps pour les Etats membres de transposer la directive. Cette dernière octroie un délai de trois ans, jusqu'au 8 octobre 2004, aux Etats membres pour transposer ses dispositions". Au plus tard à cette date, en théorie, les SE pourront être immatriculées. Mais lorsque l'on connaît la réticence dont peuvent faire preuve les Etats membres pour transposer une directive qui heurte trop leur législation nationale, et les retards qu'il peut y avoir en ce domaine, il y a fort à parier que, dans certains Etats, cette date ne sera pas respectée.

---

5 Convention avec la Suisse du 15 juin 1856 aujourd'hui abrogée, avec la Belgique du 8 juillet 1899, avec l'Italie du 3 juin 1930, avec la Principauté de Monaco du 13 septembre 1950, et enfin avec l'Autriche du 27 février 1979.

6 Signée par 8 Etats : Allemagne, Belgique, Chypre, France, Grèce, Italie, Luxembourg, Turquie. Chypre est le seul Etat à l'avoir ratifiée.

7 Règlement (CE) n. 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 (JOCE L. 160, 30 juin 2000).

*En matière fiscale* le résultat n'est pas plus encourageant. Comme la représentation des travailleurs, la question de la fiscalité applicable à la SE a constitué tout au long des travaux, et constitue encore, un obstacle au bon fonctionnement de cette société. En effet, contrairement à ce que l'on aurait pu attendre, la SE ne dispose pas d'un régime fiscal spécifique. La question fiscale a été nettement marquée par des réflexes relevant du protectionnisme ou du nationalisme. Les Etats membres ont craint une concurrence pour leurs entreprises nationales et ont refusé la possibilité pour la SE de bénéficier d'un régime fiscal plus avantageux que celui octroyé aux sociétés nationales par leur législation. Or un régime fiscal autonome semble indispensable pour permettre aux opérateurs économiques de profiter efficacement de cet instrument de mobilité et de coopération communautaire que constitue cette société ayant vocation à une activité transnationale. L'absence d'avantages fiscaux pour ceux qui optent pour la forme sociale SE constituera certainement un obstacle à son succès. On peut même affirmer qu'à certains égards, en l'état actuel du droit communautaire, opter pour la forme sociétaire SE peut même constituer un désavantage au plan fiscal. En effet, la SE ne figure pas sur la liste des sociétés qui bénéficient de la directive « fusions » qui assure la neutralité fiscale des opérations de restructuration transfrontalière et de la directive « mère-fille » qui évite la double imposition en cas de distribution des bénéfices entre une société mère et ses filiales situées sur le territoire d'autres Etats membres. On assistera donc toujours à la concurrence fiscale à laquelle se livrent les Etats de l'Union.

Inquiet de cette situation, le parlement européen a exprimé, par la voix de son rapporteur, Hans Peter Mayer, sa volonté d'octroyer aux Etats membres et à la Commission une période de transition de trois ans qui doit leur permettre d'adopter des dispositions fiscales spécifiques applicables à la SE<sup>12</sup>. C'est dire que de ce point de vue, si les Etats ne réagissent pas, le succès de la SE est sérieusement compromis.

2. En matière de procédure collective, le règlement n. 1349/2000 a apporté de sensibles améliorations en ce qui concerne les obligations d'information et de coopération, et surtout, en ce qui concerne l'articulation des procédures. Toutefois, le principe de l'unité de la procédure n'a pas été adopté, comme il existait dans les conventions bilatérales ou multilatérales anciennes. Le règlement admet la coexistence de plusieurs lois applicables, avec l'instauration d'une procédure principale et de procédures secondaires locales qui relèveront dans une grande mesure de la loi territoriale, c'est-à-dire de législations différentes. C'est le tribunal du centre principal des intérêts du débiteur qui est compétent pour ouvrir une procédure principale laquelle détermine la loi applicable et son domaine dans la mesure où une liste des effets de la faillite qui relèvent du juge compétent est dressée. La reconnaissance des effets extra-territoriaux n'est pas subordonnée à l'exequatur. Ces progrès ne doivent pas masquer la déception que l'on peut éprouver face à un règlement qui manifeste l'impossibilité des Etats membres à s'accorder sur une législation unique (universelle) en la matière.

Reste à s'interroger sur le pourquoi de la persistance de divergences profondes entre les Etats membres dans des domaines aussi sensibles et aussi importants que sont celui des sociétés commerciales et celui des procédures collectives.

---

8 Pour le détail du contenu de cette directive, V. not. Bernard TEYSSIE, L'implication des travailleurs dans la société européenne : JCP 2002, éd. E, n. 1758.

9 V. not. article 12, paragraphe 2 et 3 du règlement.

10 V. considérant 22 du règlement.

11 Article 14 de la directive

12 Rapport de la commission juridique et du marché intérieur sur le projet de règlement du Conseil relatif au statut de la société européenne, 26 juin 2001, Parlement européen 294.959, p. 17.

La raison essentielle est commune à ces deux champs d'études de notre matinée : nous sommes dans des domaines où le législateur manifeste des choix de politique économique et sociale qui lui sont propres, qui sont fonctions de ses options politiques générales et de la conception qu'il se fait de la société dans laquelle doivent vivre ses citoyens. Le choix de favoriser les entreprises au détriment des créanciers mais en faveur des salariés, ou, inversement, celui de ne pas accepter le sacrifice des créanciers, n'est pas neutre tant sur le plan économique que social ; il en va de même de même l'option de donner une participation plus ou moins grande aux travailleurs dans le cadre de l'entreprise ; il en va de même d'une législation fiscale qui va dépendre, elle aussi, de la politique sociale que l'Etat veut mettre en œuvre. Le fait que nous soyons au cœur des stratégies gouvernementales sur le choix des politiques à mener en ces domaines explique et justifie les divergences qui peuvent se manifester de manière irréductible entre les Etats membres. Ce n'est pas le fruit du hasard si, en France, de manière spectaculaire, la législation en matière de procédure collective a subi des modifications de fond à l'occasion de chaque changement de couleur politique du gouvernement.

Est ce à dire que les Etats de l'Union européenne n'arriveront jamais à trouver un terrain d'entente sur ces questions ? L'avenir se trouve, à mon sens, dans la construction d'une Europe politique, ce qui est, on le sait, l'étape ultime du processus de la construction européenne. Etape qui se réalisera peut-être plus rapidement que prévu. Sous l'impulsion de l'élargissement de l'Europe, la Convention européenne est en train d'élaborer un projet de Constitution pour l'Europe. Notre génération ne verra peut-être pas le fruit de ce travail ; la tâche sera encore longue et difficile. Mais il est porteur d'une grande espérance pour l'avenir de nos institutions et donc de nos législations.