



ASSOCIATION
HENRI CAPITANT
DES AMIS DE LA CULTURE
JURIDIQUE FRANÇAISE

Paris, le 30 avril 2016

12, Place du Panthéon

75005 Paris

contact@henricapitant.org

LA CONSTRUCTION EUROPÉENNE EN DROIT DES AFFAIRES :

ACQUIS ET PERSPECTIVES

INTRODUCTION

Le présent inventaire de la construction européenne en droit des affaires a été établi par une équipe d'universitaires et d'avocats sous l'égide de l'Association Henri Capitant et avec le soutien de la Fondation pour le Droit Continental¹.

Sans prétendre à une absolue exhaustivité, il tend à un double objectif :

- inventorier synthétiquement l'étendue de **l'acquis communautaire dans plusieurs matières fondamentales participant directement à la vie des affaires** ;
- soumettre à la **discussion** d'éventuelles **perspectives de réflexion**.

Ces matières sont les suivantes : droit du **marché** (I), droit du **commerce électronique** (II), droit des **sociétés** (III), droit des **sûretés** (IV), droit de **l'exécution** (V), droit des **entreprises en difficulté** (VI), droit **bancaire** (VII), droit des **assurances** (VIII), droit des **marchés financiers** (IX), droit de la **propriété intellectuelle** (X), droit **social** (XI), droit **fiscal** (XII).

Ce travail s'inscrit dans l'actuelle réflexion sur une possible **relance de la construction européenne en droit des affaires**.

*

¹ **Par ordre alphabétique** : Mireille Bacache (Professeur à Paris 1), Martine Béhar-Touchais (Professeur à Paris 1), Nicolas Binctin (Professeur à Poitiers), Nicolas Cayrol (Professeur à Tours), Philippe Dupichot (Professeur à Paris 1), Charles Gijsbers (Professeur à Rouen), Cyril Grimaldi (Professeur à Paris 13), Michel Grimaldi (Professeur à Paris 2), Nathalie Martial-Braz (Professeur à Paris 5), Franck Le Mentec (Avocat), Pauline Pailler (Professeur à Reims), Sophie Robin-Olivier (Professeur à Paris 1), Philippe Pétel (Professeur à Montpellier), Anne-Claire Rouaud (Professeur à Reims).

CONCLUSION

1°) Principaux enseignements

Les enseignements formels (a) et substantiels (b) suivants peuvent être tirés du présent inventaire de l'acquis communautaire en droit des affaires.

a) En la forme : faible accessibilité des instruments communautaires et éclatement des compétences législatives entre UE et EM

Inaccessibilité

En dépit des efforts de l'Union, les directives et, dans une moindre mesure, les règlements intéressant les matières du droit des affaires qui ont fait l'objet de cet inventaire restent assez **peu accessibles et lisibles**.

L'Union elle-même semble consciente de cette infirmité de sa législation : elle propose pour cette raison tantôt des **synthèses** de la législation de l'Union européenne, tantôt une « **codification** » (entendre plutôt une consolidation) ou une « **refonte** » des directives ayant fait l'objet de tant de modifications qu'elles en deviennent inintelligibles.

Éclatement des compétences

Il reste que la matière est d'autant plus difficile à appréhender que la construction juridique communautaire est largement tributaire de la **répartition des compétences** résultant du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE).

Une **difficulté majeure tient en effet à ce que le droit des affaires au sens large relève de compétences parfois exclusives, souvent partagées** voire d'appui et que, plus généralement, les questions en cause intéressent la souveraineté ou des principes fondamentaux du droit des États de l'UE.

Les principes de subsidiarité et de proportionnalité sont certes garants de la souveraineté législative des États de l'UE : ils n'en constituent pas moins de **puissants freins à une unification matérielle** par des règles uniformes - et pas seulement harmonisées - de droit des affaires.

b) Au fond : hétérogénéité et caractère inachevé de l'acquis communautaire en droit des affaires

Construction hétérogène

L'hétérogénéité de l'étendue de la construction communautaire est patente : **riche sur certains points, elle est parcellaire sur d'autres**.

Ainsi, l'acquis communautaire est naturellement beaucoup plus important en matière de droit de la concurrence qui relève de la **compétence exclusive** de l'Union que dans les domaines relevant de **compétences partagées**, justiciables des principes de subsidiarité et de proportionnalité (**marché intérieur** par exemple) ou a fortiori de la **fiscalité** encore soumise en principe à la règle de **l'unanimité**.

On soulignera toutefois l'existence de **constructions fort intéressantes** permises par de véritables instruments de droit européen et, en particulier, des suivantes : **Groupement Européen d'Intérêt Économique, Société Européenne, Société Coopérative Européenne, titre exécutoire européen, saisie conservatoire européenne de comptes bancaires, marque européenne, dessins et modèles européens, droit des garanties financières, TVA (assiette).**

Un droit européen plus financier que commercial

Toutefois, on pourra regretter que la législation de l'UE se déploie assez volontiers **autour de thématiques certes fondamentales mais récurrentes.**

Au nombre de ces thématiques chères à l'UE, on mentionnera : **la réglementation prudentielle et la surveillance des établissements de crédit, des entreprises d'assurances ou des prestataires de services d'investissements ; la *corporate governance* et la transparence des marchés financiers ; la restructuration des sociétés ; l'harmonisation des impôts indirects et des services de paiements ; la protection de l'investisseur ou du consommateur et en particulier de l'emprunteur ; la réglementation du commerce électronique ; les droits de propriété industrielle ; la lutte contre la fraude fiscale, le blanchiment de capitaux et les discriminations ; la libre circulation des entreprises et des travailleurs.**

Or, ces thématiques pourraient accréditer l'image d'Épinal d'un droit européen des affaires **insuffisamment « incarné »** et appréhendant les **questions juridiques avec un prisme principalement financier.**

A l'exception notable des règles intéressant la concurrence, le commerce électronique et la propriété industrielle, il n'est pas certain que la construction européenne en droit des affaires s'attache pleinement à la pratique quotidienne des commerçants et entrepreneurs de l'UE et, plus généralement, de ceux qui ne sont **ni banquiers, ni assureurs, ni consommateurs.**

En dehors de certains secteurs (droit de la concurrence, du marché, du commerce électronique et de la propriété industrielle), la construction d'un droit commercial européen reste ainsi largement à faire.

La ventilation des compétences entre l'UE et les Etats contribue par ailleurs à ce que des pans entiers du droit des affaires échappent à toute unification voire à toute harmonisation.

Il s'ensuit notamment que les entrepreneurs européens sont de plus en plus nombreux à rechercher leur contenu de la règle de droit des affaires auprès du **juge communautaire**, et ce au prix d'une certaine imprévisibilité.

2°) Pistes de réflexion

Une réflexion pourrait utilement s'engager sur la valeur (a) et sur la teneur (b) d'un éventuel code européen des affaires

a) En la forme : valeur d'un code européen de droit des affaires

Un Code pour l'Europe

On pourrait se demander si une **codification thématique** des instruments communautaires n'apporterait pas une plus grande **intelligibilité** de l'acquis communautaire en droit des affaires.

L'immense majorité des pays européens étant de **droit continental**, **l'adoption d'un code européen de droit des affaires organisé en Livres thématiques** serait une piste à explorer afin d'améliorer la qualité et l'accessibilité de la législation de l'Union.

L'existence d'un tel code pourrait de surcroît être un moyen pour les citoyens de l'Union de se « réapproprier » une législation qui, trop souvent, leur semble venue « d'ailleurs ».

Un tel code pourrait tendre :

- à **court terme**, à **recenser et codifier à droit constant la législation communautaire** relevant des grandes disciplines du droit des affaires afin de la rendre plus accessible en la structurant de façon plus didactique ; un tel dispositif revêtirait une **signification particulière pour les règlements** mais également un intérêt pour les directives et autres instruments ;
- à **long terme** et le cas échéant, à constituer le **réceptacle d'un droit européen dont les grandes règles matérielles auraient été unifiées cette fois et pas seulement harmonisées.**

b) Au fond : teneur d'un code européen de droit des affaires

Un Code pour les commerçants et entreprises européennes

Il résulte des perspectives dessinées dans les neuf parties du présent inventaire que la construction communautaire en droit des affaires pourrait être, si bon semble aux citoyens et institutions de l'Europe, **considérablement relancée** et renforcée.

Une voie pourrait être de légiférer sur des **thématiques autres que celles qui sont habituellement abordées afin de donner un nouveau souffle à cette construction et de la réincarner.**

L'opportunité d'une construction d'un droit des affaires véritablement européen et ne se limitant pas au droit du marché, aux questions de restructurations et aux réglementations prudentielles ou consuméristes pourrait être discutée.

Ainsi, on pourrait songer par exemple se demander s'il ne serait pas opportun de réfléchir, entre autres, aux perspectives suivantes :

- I. **Droit du marché** : uniformisation du droit des contrats de distribution ? Création d'un droit européen des pratiques déloyales ? Institution d'une **pratique anticoncurrentielle d'abus de dépendance économique** ? **Suppression totale des droits nationaux de la concurrence** ?
- II. **Droit du commerce électronique** : amélioration de **l'accès aux biens et services du numérique** ? Développement des réseaux et services numériques dans le respect de la protection des données personnelles et des ayants-droits ? Permettre au

- numérique de constituer un **moteur de croissance** en levant les obstacles juridiques et en adaptant la législation aux nouvelles technologies ?
- III. **Droit des sociétés** : création d'une SARL/EURL européenne ou d'une **Société Privée Européenne** ? Édification d'un véritable **droit des groupes de sociétés** ?
- IV. **Droit des sûretés** : création d'une **Eurohypothèque** ? D'une **Sûreté conservatoire européenne** ?
- V. **Droit de l'exécution** : institution de **saisies conservatoires de biens autres que les comptes en banque** ? **Renforcement de l'information disponible sur la teneur du patrimoine du débiteur** ?
- VI. **Droit des entreprises en difficulté** : construction d'un **droit européen des procédures d'insolvabilité** et des professionnels de l'insolvabilité (compétence et déontologie) et pas seulement un règlement de désignation de la loi compétente en fonction du centre des intérêts principaux ?
- VII. **Droit bancaire** : élaboration d'un **droit européen du crédit aux entreprises** et pas seulement aux consommateurs ?
- VIII. **Droit des assurances** : institution d'un **contrat d'assurance européen** ?
- IX. **Droit des marchés financiers** : **consolidation du droit européen des marchés financiers** pour une meilleure cohérence et une meilleure lisibilité ? **Ouverture du droit des marchés financiers aux PME et aux investisseurs de détail**, en proposant par exemple, au niveau européen, un encadrement harmonisé du **financement participatif** ?
- X. **Droit de la propriété intellectuelle** : **construction d'un droit d'auteur européen** ? **Intégration de la propriété intellectuelle** sur le territoire de l'Union européenne et **harmonisation des règles d'appropriation**, d'identification des propriétaires et des limites à l'opposabilité des propriétés intellectuelles ? **Unification du statut des créateurs salariés** afin de favoriser la libre-circulation de la créativité européenne ?
- XI. **Droit social** : réflexion sur une convergence des **rémunérations**, du droit du **licenciement** et de la **représentation** des travailleurs ainsi que de la **sécurité sociale dans un droit social européen** garantissant une protection européenne des **droits fondamentaux des travailleurs** et reconnaissant la **dimension sociale de la migration des travailleurs** dans l'UE ?
- XII. **Droit fiscal** : **harmonisation des impositions directes** et en particulier de l'IS (taux et pas seulement assiette) ?

*

* *

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
CONCLUSION	2
1°) <i>Principaux enseignements</i>	2
a) En la forme : faible accessibilité des instruments communautaires et éclatement des compétences législatives entre UE et EM	2
b) Au fond : hétérogénéité et caractère inachevé de l’acquis communautaire en droit des affaires	2
2°) <i>Pistes de réflexion</i>	3
a) En la forme : valeur d’un code européen de droit des affaires	4
b) Au fond : teneur d’un code européen de droit des affaires	4
I. DROIT DU MARCHÉ	9
A – L’ACQUIS.....	9
1°) <i>Droit des contrats de distribution</i>	9
2°) <i>Droit de la concurrence (antitrust, concentration et aides d’état)</i>	9
3°) <i>Droit des pratiques déloyales entre entreprises</i>	15
4°) <i>Droit international privé</i>	15
B – LES PERSPECTIVES.....	15
II. DROIT DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE	17
A - L’ACQUIS	17
B - LES PERSPECTIVES : LA STRATÉGIE NUMÉRIQUE DE L’UNION EUROPÉENNE	18
1°) <i>Améliorer l’accès aux biens et services du numérique</i>	19
2°) <i>Favoriser un environnement propice au développement des réseaux et services numériques</i>	19
a) Adaptation du cadre réglementaire applicable au droit d’auteur	20
b) Aménagement du cadre réglementaire applicable aux données à caractère personnel et à la protection de la vie privée.	20
3°) <i>Permettre au numérique de constituer un moteur de croissance</i>	21
III. DROIT DES SOCIÉTÉS	22
A – L’ACQUIS.....	22
1°) <i>Types et structures des sociétés</i>	23
a) GEIE, SE et SCE :	23
b) Consécration de sociétés à responsabilité limitée unipersonnelles	23
2°) <i>Fonctionnement des sociétés et corporate governance</i>	23
a) Aspects relevant d’une théorie générale des sociétés de capitaux	23
b) Corporate governance.....	24
3°) <i>Restructurations de sociétés</i>	25
4°) <i>Comptes sociaux</i>	25
5°) <i>Droit financier</i>	26
B – LES PERSPECTIVES.....	26
1°) <i>Le remise à l’ordre du jour de propositions en déshérence</i>	26
2°) <i>Le plan de modernisation du droit des sociétés</i>	26
3°) <i>Vers une SARL européenne ?</i>	27
IV. DROIT DES SÛRETÉS	28
A. L’ACQUIS	28
B - LES PERSPECTIVES	29
1°) <i>Harmonisation du droit des sûretés mobilières</i>	29
2°) <i>L’eurohypothèque</i>	29
3°) <i>Une sûreté conservatoire européenne</i>	29

V. DROIT DE L'EXÉCUTION	30
A – L'ACQUIS.....	30
1°) <i>Exécution forcée des titres exécutoires dans un autre état membre de l'UE</i>	30
a) Circulation des actes et des titres nationaux d'un pays de l'Union à l'autre.....	30
b) Création de titres exécutoires européens supranationaux (supra-territorialité). Il en existe trois :	31
2°) <i>Exécution volontaire</i>	32
a) Pénalités de plein droit en cas de retard de paiement.....	32
b) Saisie conservatoire des comptes bancaires	32
B – LES PERSPECTIVES.....	32
VI. DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ.....	34
A – L'ACQUIS.....	34
1°) <i>Règlements n°1346/2000 du 29 mai 2000 et n°2015/848 du 20 mai 2015</i>	34
2°) <i>Recommandation de la Commission du 12 mars 2014</i>	34
B – LES PERSPECTIVES.....	35
VII. DROIT BANCAIRE.....	36
A – L'ACQUIS.....	36
1°) <i>Statut des établissements</i>	36
a) Conditions d'accès et d'exercice de l'activité et surveillance des établissements de crédit	37
b) Mécanismes de prévention et de traitement des difficultés des établissements de crédit.....	38
c) Systèmes de garantie des dépôts	38
d) Lutte contre le financement du terrorisme et le blanchiment de capitaux.....	38
2°) <i>Activité des établissements</i>	39
a) Comptes	39
b) Paiements.....	40
c) Crédit	42
d) Garanties financières.....	42
e) Dispositions transversales relatives aux services financiers.....	43
B -LES PERSPECTIVES	43
1°) <i>Les propositions de textes</i>	43
2°) <i>Les pistes de réflexion</i>	44
VIII. DROIT DES ASSURANCES.....	46
A - L'ACQUIS : LA RÉALISATION DU MARCHÉ UNIQUE DE L'ASSURANCE	46
1°) <i>Première étape dite Solvabilité I</i>	46
a) Celles de la première génération ont cherché à coordonner les règles relatives à l'accès à l'activité d'assurance	47
b) Celles de la deuxième génération ont cherché à faciliter l'exercice de la libre prestation de services.....	47
c) Celles de la troisième génération ont porté sur la « licence unique »	47
2°) <i>Deuxième étape dite Solvabilité II</i>	48
a) En premier lieu, le pilier I regroupe les exigences quantitatives, c'est-à-dire les règles de valorisation des actifs et des passifs, ainsi que les exigences de capital et leur mode de calcul.	48
b) En deuxième lieu, le pilier 2 regroupe des exigences dites qualitatives, c'est-à-dire les règles de gouvernance et de gestion des risques des organismes d'assurance, dont l'évaluation propre des risques de la solvabilité (Own Risk and Solvency Assessment – ORSA).....	48
c) En troisième lieu, le pilier 3 concerne la communication d'informations au public et aux autorités de contrôle.	48
II- LES PERSPECTIVES : VERS UN DROIT EUROPÉEN DU CONTRAT D'ASSURANCE ?	49
IX. DROIT DES MARCHES FINANCIERS.....	51
A – L'ACQUIS.....	51
1°) <i>Le statut des professionnels</i>	52
a) Les prestataires de services d'investissement	52
b) Les gestionnaires et les dépositaires d'organismes de placement collectif (OPC)	53
c) Les agences de notation	54
2°) <i>L'organisation des marchés financiers</i>	55
a) La structure des marchés financiers	55
b) L'encadrement des activités.....	55

(i) Les obligations d'information des émetteurs	55
(ii) Les offres publiques d'acquisition	56
(iii) La vente à découvert	56
(iv) Les garanties sur les marchés financiers	57
(v) Le règlement des transactions	57
3°) La protection des investisseurs.....	59
a) La protection au stade de la commercialisation	59
b) La protection au stade de l'indemnisation	60
4°) La sanction des abus de marché	60
B - LES PERSPECTIVES.....	60
1°) Les projets de textes	60
2°) Les pistes de réflexion.....	61
X. DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.....	63
A - L'ACQUIS	63
1°) Les droits substantiels	63
a) Les directives	64
b) Les règlements	66
2°) Les droits processuels.....	66
B – LES PERSPECTIVES.....	68
1°) Les droits substantiels	68
a) La quête d'un droit d'auteur de l'Union européenne.....	69
b) L'échec du brevet de l'Union européenne	71
c) L'harmonisation insuffisante du statut des créateurs salariés	72
2°) Les droits processuels.....	74
XI. DROIT SOCIAL.....	77
A – L'ACQUIS.....	77
1°) Les domaines du droit social de l'Union	78
2°) Les domaines non harmonisés	78
B – LES PERSPECTIVES.....	79
1°) La reconnaissance de la dimension sociale du droit de l'immigration.....	79
2°) La constitutionnalisation des droits sociaux	80
3°) L'établissement et/ou le renforcement des contrepoids aux libertés économiques	80
XII. DROIT FISCAL.....	81
A – L'ACQUIS.....	81
1°) Harmonisation en matière d'impôts indirects.....	81
a) Harmonisation des taxes sur le chiffre d'affaires	82
b) Harmonisation des impôts sur les rassemblements de capitaux	82
2°) Harmonisation en matière d'impôts directs.....	83
a) Les avancées en matière d'impôts directs	83
b) Régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents	83
c) Régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions et apports d'actifs	83
d) Exonérations relatives aux intérêts et redevances intragroupe.....	84
e) Procédure arbitrale.....	84
f) Respect des règles relatives aux aides d'Etat	84
3°) Impact des libertés fondamentales.....	85
4°) Lutte contre la fraude.....	85
B - LES PERSPECTIVES	85
1°) Suppression des frontières fiscales.....	85
2°) Harmonisation des taux de TVA.....	85
3°) Harmonisation en matière d'impôts directs.....	86
a) Aides d'Etat	86
b) Assiette de l'impôt sur les sociétés : le projet ACCIS.....	86
c) La « compensation transfrontalière des pertes ».....	86

I. DROIT DU MARCHÉ

*Par Martine BEHAR-TOUCHAIS, Professeur à l'Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne),
Codirectrice de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne (IRJS)*

et

*Cyril GRIMALDI, Professeur à l'Université Paris 13, Secrétaire général adjoint de l'Association
Henri Capitant*

A – L'ACQUIS

1°) Droit des contrats de distribution

Les contrats de distribution qui ont fait l'objet de règles européennes sont les **contrats d'agents commerciaux** par une directive d'harmonisation minimale (**Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants**) qui, au surplus, laissait aux États membres le choix entre l'adoption de deux systèmes d'indemnisation différents en fin de contrat. La transposition de la directive a conduit à l'adoption de systèmes plus ou moins protecteurs de l'agent.

Les **autres contrats de distribution** ne sont pas réglementés en tant que tels par le droit de l'Union européenne : ni les (autres) contrats d'intermédiation, ni les contrats conclus par des distributeurs agissant pour leur compte.

2°) Droit de la concurrence (antitrust, concentration et aides d'état)

Le droit européen s'est pour l'essentiel intéressé au droit de la concurrence dans le marché intérieur, qui est une **compétence exclusive de l'UE** (art. 3.1 b) TFUE).

Les **articles 101 s. TFUE** prohibent les **ententes** et les **abus de position dominante** tandis que les **articles 108 s. TFUE** réglementent les **aides d'Etat**. Ces dispositions ont été précisées par des dispositions de droit dérivé. En contrepoint, pour des raisons historiques, les **concentrations** ne sont pas réglementées par les traités constitutifs, mais seulement par le droit dérivé. Ces dispositions ont été précisées par de nombreuses règles de soft law.

L'application des règles de concurrence supposant une **détermination du marché**, la Commission a pris une Communication sur la définition du marché (**Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (97/C 372/03)**).

Le droit européen des pratiques anticoncurrentielles supposant une **affectation du commerce entre États membres**, la Commission a pris une Communication portant **Lignes**

directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (2004/C 101/07).

S'agissant des **abus de position dominante**, les dispositions du TFUE ne sont guère complétées que par une Communication de la Commission portant ***Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (2009/C 45/02)***. Mais ces orientations sont considérées comme une « réforme » du texte du Traité en ce qu'elles en proposent une interprétation renouvelée.

S'agissant en revanche des **ententes**, les textes sont beaucoup plus nombreux.

Relativement à l'**article 101§1 TFUE**, la Commission a pris une ***Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (2014/C 291/01) dite Communication de minimis***. Elle a par ailleurs examiné certaines opérations économiques afin de vérifier si elles rentraient dans le champ d'application de l'article 101§1 TFUE : la sous-traitance (***Communication du 18 décembre 1978 concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne***), la production ou la vente de produits de la pêche et de l'aquaculture ou l'utilisation d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformation de ces produits (***Règlement (UE) n° 1379/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 portant organisation commune des marchés dans le secteur des produits de la pêche et de l'aquaculture, modifiant les règlements (CE) n° 1184/2006 et (CE) n° 1224/2009 du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 104/2000 du Conseil***), la production ou la vente de produits agricoles ou l'utilisation d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformation de produits agricoles (***Règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements (CEE) n° 922/72, (CEE) n° 234/79, (CE) n° 1037/2001 et (CE) n° 1234/2007 du Conseil***).

Relativement à l'**article 101§3 TFUE**, de très nombreux textes ont été adoptés. Le ***Règlement (CEE) n° 2821/71 du Conseil, du 20 décembre 1971, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées*** a habilité la Commission à exempter certains accords, décisions et pratiques concertées par voie d'exemption par catégorie, ce qu'elle a fait tant au sujet d'accords verticaux et horizontaux. Et, en général, la Commission a pris une Communication portant ***Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (2004/C 101/08)***

- En matière d'**accords verticaux**, en général, on peut mentionner l'important ***Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées*** dont les dispositions ont été précisées par une Communication de la Commission portant ***Lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01)***. Et, en

particulier, on peut faire état le **Règlement (UE) n° 461/2010 de la Commission du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile.**

- S'agissant des **accords horizontaux**, on peut mentionner une Communication de la Commission portant **Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (2011/C 11/01)**. On peut aussi mentionner, en matière d'accords de recherche et de développement, un **Règlement (UE) n° 1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement**, et en matière d'accords de spécialisation, un **Règlement (UE) n° 1218/2010 de la commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de spécialisation.**

- Sur des questions un peu plus particulières, en matière de **transfert de technologie**, un **Règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie** a été adopté, dont les dispositions ont été précisées par une Communication de la Commission portant **Lignes directrices concernant l'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie (2014/C 89/03)**. Il faut également faire état, en matière de plusieurs règlements en matière de **transport** : **transport aérien (Règlement (CE) n° 487/2009 du Conseil du 25 mai 2009 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens)** ; **transport maritime (Règlement (CE) n° 1419/2006 du Conseil du 25 septembre 2006 abrogeant le règlement (CEE) n° 4056/86 déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes, et modifiant le règlement (CE) n° 1/2003 de manière à étendre son champ d'application au cabotage et aux services internationaux de tramp** ainsi que le **Règlement (CE) n° 246/2009 du Conseil du 26 février 2009 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées entre compagnies maritimes de ligne («consortia»)**, dont les mesures ont été précisées dans le **Règlement (CE) n° 906/2009 de la Commission du 28 septembre 2009 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées entre compagnies maritimes de ligne («consortiums»)** modifié par le **Règlement (UE) n° 697/2014 de la Commission du 24 juin 2014 modifiant le règlement (CE) n° 906/2009 en ce qui concerne sa durée d'application** ; **transport ferroviaire (Règlement (CE) n° 169/2009 du Conseil du 26 février 2009 portant application de règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable).**

La procédure de mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles a fait l'objet d'un important Règlement du Conseil (Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité) dont les dispositions ont été précisées par un Règlement de la Commission (Règlement (CE) n° 773/2004 de la commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE). Depuis le Règlement n° 1/2003, les règles de concurrence européennes sont appliquées notamment par les juridictions nationales, suivant des modalités qui ont été précisées par la Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE (2004/C 101/04). Le Règlement n°1/2003 fait actuellement l'objet d'une consultation de la Commission sur son éventuelle révision.

Sur les **sanctions** prises en application du Règlement n° 1/2003, on peut signaler plusieurs textes (*Règlement (CE) n° 622/2008 de la Commission du 30 juin 2008 modifiant le règlement (CE) n° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente*, *Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) no 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente (2008/C 167/01)* ; *Communication de la Commission — Modification de la communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente (2015/C 256/02)* ; *Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003 (2006/C 210/02)* ; *Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des entente ((2006/C 298/11) dite « Communication sur la clémence »* ; *Communication portant modification de la communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes (2015/C 256/01)).*

Si les pratiques anticoncurrentielles causent un préjudice important à l'économie dans son ensemble et entravent le bon fonctionnement du marché intérieur, les infractions aux articles 101 ou 102 du TFUE causent également un **préjudice aux consommateurs et aux entreprises** qui ont un droit à réparation. Cette question est abordée par la *Communication de la commission relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (2013/C 167/07)*. Mais surtout, elle a fait l'objet d'une directive récente, la *Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne*.

S'agissant des **concentrations**, le texte le plus important est le *Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (dit règlement sur les concentrations)*, dont les dispositions ont été précisées par le *Règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du*

règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises. Ce corpus de règles a fait l'objet de deux séries de Lignes directrices (**Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2008/C 265/07)** et **Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2004/C 31/03)**). Enfin, plusieurs Communications de la Commission ont été élaborées sur des points particuliers (**Communication consolidée sur la compétence de la commission en vertu du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises ; Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée du traitement de certaines opérations de concentration en application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil ; Communication de la Commission sur le renvoi des affaires en matière de concentrations (2005/C 56/02) ; Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission (2008/C 267/01) ; Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration (2005/C 56/03) ; Communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil (2005/C 325/07)**).

S'agissant des **aides d'État**, on trouve de nombreux instruments de droit dérivé. Les **règles de procédure** sont essentiellement le fait, d'une part, du **Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE**, modifié notamment par **Règlement (UE) no 734/2013 du Conseil du 22 juillet 2013 modifiant le règlement (CE) no 659/1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE**, et abrogé et remplacé par le **Règlement (UE) 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne** ainsi que, d'autre part, du **Règlement (CE) n° 794/2004 de la Commission du 21 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE**. Plusieurs communications ont été prises par la Commission sur des questions particulières (**Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée de traitement de certains types d'aides d'État ; Communication de la Commission - Code de bonnes pratiques pour la conduite des procédures de contrôle des aides d'État ; Communication sur la récupération des aides ; Communication de la Commission intitulée «Vers une mise en œuvre effective des décisions de la Commission enjoignant aux États membres de récupérer les aides d'État illégales et incompatibles avec le marché commun» ; Communication de la Commission sur la détermination des règles applicables à l'appréciation des aides d'État illégales ; Communication de la Commission relative à l'application des règles en matière d'aides d'État par les juridictions nationales ; Communication de la Commission C(2003) 4582 du 1er décembre 2003 sur le secret professionnel dans les décisions en matière d'aides d'État ; Communication de la Commission concernant le caractère obsolète de certains textes relatifs à la politique en matière d'aides d'État**).

La Commission a été habilitée à légiférer par le **Règlement (CE) n° 994/98 du Conseil du 7 mai 1998 sur l'application des articles 92 et 93 du traité instituant la Communauté européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales**, modifié par le **Règlement (UE) n° 733/2013 du Conseil du 22 juillet 2013 modifiant le Règlement (CE) n° 994/98 sur l'application des articles 92 et 93 du traité instituant la Communauté européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales**. Ce Règlement n° 994/98 a été abrogé et remplacé par le Règlement (UE) 2015/1588 du Conseil du 13 juillet 2015 sur l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales. C'est ainsi que la Commission a adopté le **Règlement (CE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité** (ce à quoi il faut ajouter dans des secteurs particuliers le **Règlement (UE) n° 702/2014 déclarant certaines catégories d'aides, dans les secteurs agricole et forestier et dans les zones rurales, compatibles avec le marché intérieur, en application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne** et le **Règlement (UE) n° 1388/2014 déclarant certaines catégories d'aides aux entreprises actives dans la production, la transformation et la commercialisation des produits de la pêche et de l'aquaculture compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne**). On peut également mentionner un certain nombre de Règlements dits « *de minimis* », dont, d'application générale, le **Règlement (UE) n° 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis** (ce à quoi il faut ajouter, dans des secteurs particuliers, le **Règlement n° 360/2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général**, le **Règlement (UE) n° 717/2014 concernant l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis dans le secteur de la pêche et de l'aquaculture** et le **Règlement n°1408/2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis dans le secteur de l'agriculture**)

On fera enfin état d'instruments particuliers intéressant la **production ou la vente de produits de la pêche et de l'aquaculture ou l'utilisation d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformation de ces produits** (**Règlement (UE) n° 1379/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 portant organisation commune des marchés dans le secteur des produits de la pêche et de l'aquaculture, modifiant les règlements (CE) n° 1184/2006 et (CE) n°1224/2009 du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 104/2000 du Conseil**) et la **production ou la vente de produits agricoles ou l'utilisation d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformation de produits agricoles** (**Règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements (CEE) n° 922/72, (CEE) n° 234/79, (CE) n° 1037/2001 et (CE) n° 1234/2007 du Conseil**).

3°) Droit des pratiques déloyales entre entreprises

Le droit de l'union n'est **pas développé** s'agissant du « petit droit de la concurrence », celui des pratiques déloyales entre entreprises. A cependant été adoptée la Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

4°) Droit international privé

Deux Règlements portant sur la **loi applicable aux obligations contractuelles et extracontractuelles** (*Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit Règlement Rome I)* ; *Règlement (ce) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (dit Règlement Rome II)*) intéressent la distribution ou la concurrence.

Il convient également de compter avec des Règlements intéressant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (*Règlement Bruxelles I (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* ; *Règlement Bruxelles I bis (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* modifié par le *Règlement (UE) n° 542/2014 "en ce qui concerne les règles à appliquer relatives à la Juridiction unifiée du brevet et à la Cour de justice Benelux"*).

B – LES PERSPECTIVES

- S'agissant des **contrats de distribution**, faut-il uniformiser plus encore le droit des agents commerciaux et ne pas se contenter d'une directive d'harmonisation minimale ? Faut-il réglementer d'autres contrats de distribution en droit européen ? Faut-il établir un droit commun des contrats de distribution ? Quelle valeur accorder à de telles règles ?
- S'agissant des **rapports entre le droit de la distribution et le droit social**, faut-il établir une zone de sécurité empêchant l'application du droit social aux contrats de distribution ? Faut-il supprimer, uniformiser, les statuts spéciaux de distributeurs (VRP, gérants de succursale, etc.) bénéficiant du droit social en tout en ou partie ?
- Faut-il créer des **droits spéciaux de la distribution** : droit de la grande distribution ? Droit de la grande distribution alimentaire ? Droit de la distribution par Internet ?
- Dans le prolongement du Livre vert *sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en*

Europe, faut-il harmoniser les pratiques commerciales déloyales et leurs sanctions dans les rapports entre professionnels, ce que l'on appelle en droit français le « **droit des pratiques restrictives de concurrence** » et qui consistent en des cas particuliers de responsabilité pour faute ou des nullités de clauses ? Et faut-il uniformiser les règles relatives à la facturation, et plus généralement au **droit de la transparence tarifaire** ?

- S'agissant de **l'articulation entre le droit de la concurrence européen et des droits de la concurrence nationaux**, faut-il supprimer l'application cumulative du droit interne et droit communautaire de la concurrence et faut-il préciser l'articulation entre le droit de la concurrence et d'autres règles internes qui ne seraient pas uniformisées (art. 3§3 Règl. 1/2003 : « *Sans préjudice des principes généraux et des autres dispositions du droit communautaire, les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas lorsque les autorités de concurrence et les juridictions des États membres appliquent la législation nationale relative au contrôle des concentrations, et ils n'interdisent pas l'application de dispositions de droit national qui visent à titre principal un objectif différent de celui visé par les articles 81 et 82 du traité.* ») ou l'obligation d'appliquer d'office le droit de la concurrence de l'Union en cas d'affectation du commerce intra-européen suffit-elle? Faut-il faire reculer plus encore le principe de l'autonomie procédurale dans le réseau des Autorités nationales de concurrence, pour adopter des règles communes sur l'opportunité des poursuites, la prescription, ou d'autres règles encore ?
- Faut-il créer en droit de l'Union des **règles spécifiques en matière de concentration dans la distribution** ? Des seuils spécifiques ? D'autres conditions spécifiques ?
- Faut-il créer en droit de l'Union une **pratique anticoncurrentielle d'abus de dépendance économique** ?
- Faut-il prendre parti sur l'éventuelle qualification de **lois de polices** en matière de distribution ? Ces règles, à supposer qu'elles existent, ne devraient-elles pas être uniformisées ?
- Faut-il davantage tenir compte de **l'arbitrage** en droit européen de la distribution ?

II. DROIT DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

Par Nathalie Martial-Braz, Professeur à l'Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité

A - L'ACQUIS

Deux textes ont **directement une incidence sur le commerce électronique**, la directive relative au commerce électronique et aux services de la société de l'information et la directive relative aux pratiques commerciales déloyales qui assurent la protection des droits des consommateurs.

- La directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»). Elle offre un cadre pour le **commerce électronique** garantissant la sécurité juridique pour les entreprises et pour les consommateurs. Elle harmonise les règles en matière de transparence et d'information imposées aux fournisseurs de services en ligne, de communications commerciales, de **contrats par voie électronique**. Elle est également fondamentale puisqu'elle définit les règles applicables à la **responsabilité des prestataires intermédiaires**.
- La directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE et le règlement (CE) n° 2006/2004 (directive sur les pratiques commerciales déloyales). Ce texte permet la **protection des consommateurs** notamment dans le **cadre du commerce en ligne** et permet ainsi de lutter contre les **pratiques déloyales** (agressives ou trompeuses) réalisées dans un **environnement numérique**. Ce texte doit être mis en perspective avec le règlement 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs (règlement relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs).

D'autres textes touchent **indirectement au commerce électronique** puisqu'ils ont vocation à régir des situations qui impliquent la fourniture de services en ligne et partant le traitement de données par voie informatique et automatisée.

- La Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Ce texte fixe le cadre réglementaire permettant d'établir un équilibre entre un niveau élevé de protection

de la vie privée des personnes à travers la **protection de leurs données à caractère personnel** et la libre circulation de ces données au sein de l'Union européenne. A cette fin, il est fixé des limites strictes à la collecte, à l'utilisation des données à caractère personnel ainsi qu'à l'égard de leur transfert hors union européenne. La directive prévoit en outre la régulation de ce secteur par la création et la reconnaissance d'un régulateur dans chaque État membre qui doit être un organisme national indépendant chargé de la supervision de toutes les activités liées au traitement des données à caractère personnel.

- La Directive 2001/29/CE du Parlement Européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la **société de l'information**. Cette directive constitue désormais l'acquis en matière de droit d'auteur notamment en raison de l'œuvre créatrice importante réalisée par la jurisprudence de la CJUE sur le fondement de ce texte. Elle définit notamment le cadre réglementaire du marché unique de l'accès et de la circulation des œuvres (notamment audiovisuelles ou musicales) en ligne et, de ce fait, permet une forme d'harmonisation du droit d'auteur en Europe. Il s'agit là d'une question importante dans le cadre de la consommation de biens culturels. Il faut également mentionner l'existence des directives sectorielles qui accompagnent cette directive transversale (notamment la directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble dite « câble et satellite » et la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données).
- La Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un **cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques** («directive-cadre»), modifiée par la directive 2009/140/CE (Paquet télécom). Ce texte a pour but d'accompagner l'ouverture du marché des télécommunications à la concurrence, en offrant un cadre réglementaire relatif aux communications électroniques en phase avec les progrès technologiques et les exigences du marché.

B - LES PERSPECTIVES : LA STRATÉGIE NUMÉRIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE

La réflexion est actuellement très nourrie sur la question du numérique. Un certain nombre de textes sont actuellement dans un processus d'adoption, ils sont accompagnés de communications qui illustrent une volonté très marquée de la part des autorités européennes d'harmoniser de manière encore plus forte le commerce électronique pour parfaire le marché unique du numérique. La directive essentielle « commerce électronique » ne fait toutefois pas, quant à elle, l'objet d'une remise en cause.

La commission a ainsi présenté sa stratégie numérique dans une communication du 6 mai 2015. Les objectifs affichés sont notamment de :

- conclure rapidement les négociations sur des règles européennes communes en matière de protection des données ;

- donner plus d'ambition à la réforme des règles en matière de télécommunications qui est en cours ;
- modifier, simplifier et clarifier les règles régissant les droits d'auteur afin de tenir compte des nouvelles technologies ;
- simplifier les règles de protection des consommateurs pour les achats en ligne ;
- faciliter la création d'entreprise afin de favoriser l'innovation ;
- renforcer l'apprentissage et les compétences dans le domaine du numérique ;
- et permettre l'accès aux mêmes services et contenus en ligne dans tous les pays de l'UE.

Pour développer cette stratégie, il est proposé 3 axes qui vont déterminer l'agenda législatif :

- 1° Améliorer l'accès aux biens et services du numérique
- 2° Favoriser un environnement propice au développement des réseaux et services numériques
- 3° Permettre au numérique de constituer un moteur de croissance

Le programme législatif proposé par l'Union européenne suit tout naturellement ces trois axes.

1°) Améliorer l'accès aux biens et services du numérique

Afin de parvenir à cet objectif affiché il est tout d'abord prévu, à l'horizon 2016, de **réviser la directive Câble et satellite** (directive 93/83/CEE), de procéder au **réexamen du règlement relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs** (règlement 2006/2004), d'élaborer des propositions législatives visant à **réduire les charges administratives** pesant sur **les entreprises** et découlant de différents régimes de TVA et enfin d'adopter des mesures dans le domaine de la **livraison des colis**.

Comme annoncé dans son programme de travail pour 2015, la Commission a adopté, en outre, le 9 décembre 2015 deux propositions de directives : une proposition de directive concernant **certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique** (COM (2015) 634 Final) et une proposition de directive concernant **certains aspects des contrats de vente en ligne et de toute autre vente à distance de biens** (COM (2015) 635 Final). Ces propositions sont, avec la proposition de règlement relatif à la portabilité transfrontière des services de contenu en ligne, les premières initiatives législatives nouvelles adoptées au titre de la stratégie pour un marché unique numérique.

2°) Favoriser un environnement propice au développement des réseaux et services numériques

La réalisation de cet objectif suppose **d'adapter le cadre des infrastructures** pour favoriser les télécommunications et permettre ainsi le développement du commerce en ligne. A cette fin, le paquet Telecom doit être réexaminé ainsi que les textes encadrant le **droit d'auteur et les services de la société de l'information**. De même, il est prévu d'aménager le cadre réglementaire applicable **aux données à caractère personnel** et à la protection de la vie privée.

a) Adaptation du cadre réglementaire applicable au droit d'auteur

La révision du cadre réglementaire applicable au droit d'auteur est une discussion qui suscite beaucoup de débats passionnés. La directive 2001/29, n'est pas, à l'heure actuelle, modifiée. Le Parlement Européen a néanmoins rendu une résolution le 9 juillet 2015, suivant les propositions du Rapport Reda, relative à la mise en œuvre de la directive 2001/29 sur **l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information**. Cette proposition a fait l'objet de critiques nourries de la part de certains Etats membres, si bien que les textes proposés en définitive s'avèrent en deçà des préconisations de la résolution.

Le Parlement et le Conseil ont ainsi élaboré une proposition de Règlement, le 9 décembre 2015 (COM(2015) 627 final), visant à assurer la **portabilité transfrontière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur**.

Parallèlement à cette proposition, la Commission a publié une communication le 9 décembre 2015, (COM(2015) 626 Final), pour **définir un cadre moderne et plus européen du droit d'auteur**. L'objectif est triple. Tout d'abord, la commission souhaite assurer un plus large accès aux contenus numérique à travers l'Union Européenne, ce qui est matérialisé par la proposition de Règlement. La Commission souhaite ensuite que soient mieux harmonisées les exceptions au droit d'auteur. Après avoir un temps craint une reconnaissance d'un modèle ouvert de type *fair use*, la Commission semble être revenu à un système de liste fermée et exhaustive, quoiqu'il soit proposé d'étendre cette liste (notamment par la reconnaissance de l'exception de panorama ou encore l'extension de l'exception d'illustration à des fins d'enseignement) afin de s'adapter aux nouveaux canaux de distribution numérique. Enfin, la Commission examinera si une action est nécessaire pour affiner la définition des droits de « communication au public » et de « mise à disposition » afin d'assurer « un bon fonctionnement du marché pour le droit d'auteur ». De manière générale, il est proposé une réflexion sur les modalités de contrôle et de sanctions des infractions au droit d'auteur réalisées à des fins commerciales.

b) Aménagement du cadre réglementaire applicable aux données à caractère personnel et à la protection de la vie privée.

Afin d'harmoniser le cadre réglementaire applicable aux données à caractère personnel, la voie réglementaire a été privilégiée. Une proposition de règlement (COM(2012) 11 final) relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du **traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données** (règlement général sur la protection des données) a été faite le 25 janvier 2012. Le texte, finalement adopté à l'issue d'un trilogue le 15 décembre 2015, a été approuvé le 17 décembre 2015 par la Commission LIBE, adopté par le Parlement et le Conseil le 14 avril 2016, et sera proposé en séance plénière d'ici la fin 2016. Le texte entrera en vigueur au terme d'un délai de 2 ans à compter de son adoption.

Face aux très nombreuses discussions qui ont considérablement ralenti le processus d'adoption du texte, la CJUE a anticipé certaines évolutions attendues et ainsi par deux

arrêts essentiels est venue, d'une part, reconnaître l'existence d'un **droit à l'oubli numérique** (CJUE 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain*) et, d'autre part, **invalider le Safe harbor² sur la base duquel les transferts de données hors UE** étaient rendus possibles³, notamment dans le cadre des transferts vers les Etats-Unis (CJUE 6 octobre 2015, C-362/14). En conséquence, les négociations sont actuellement en cours afin d'élaborer un nouvel accord, *le Privacy Shield*, permettant de garantir le niveau de sécurité adéquat requis par les textes européens pour autoriser les transferts de données à caractère personnel hors UE.

3°) Permettre au numérique de constituer un moteur de croissance

Enfin, il est envisagé dans le cadre du troisième pilier de la stratégie numérique de mettre en place des **initiatives sur la propriété et la libre circulation des données** (par exemple entre les fournisseurs d'informatique en nuage) et sur **un nuage européen**. Dans ce contexte, une consultation d'envergure a été lancée le 24 septembre 2015 relative l'environnement réglementaire concernant les plateformes, les intermédiaires en ligne, les données et l'informatique en nuage ainsi que l'économie collaborative. Une analyse complète du rôle des plateformes et des intermédiaires est prévue courant 2016.

Il est également envisagé un nouveau plan d'action sur **l'administration en ligne**, y compris une initiative sur le principe d'enregistrement unique et une initiative concernant l'interconnexion obligatoire des registres du commerce. A cette fin, une consultation publique sur la numérisation des services publics a été lancée par la Commission européenne le 30 octobre 2015. Elle concerne le prochain plan d'action *eGovernment* (pour la période 2016-2020).

La question de la délimitation de l'ensemble de ces textes et de leur champ d'application ne manquera pas de se poser, s'ils sont à l'avenir tous adoptés, tant leurs domaines sont proches et parfois surabondants. En outre, l'ensemble de ces textes souffre de la même hypertrophie de considérant ou de propos liminaires dont la portée normative se pose (ou se posera) nécessairement.

² Annexe I : Principes de la « Sphère de sécurité » relatifs à la protection de la vie privée publiés par le ministère américain du Commerce du 21 juillet 2000 (JOCE 25 août 2000, n°L215, p.10)

³ Décision n°520/2000/CE de la Commission du 26 juillet 2000 conformément à Directive 95/46.

III. DROIT DES SOCIÉTÉS

Par Philippe DUPICHOT, Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Panthéon-Sorbonne Paris 1), Secrétaire général de l'Association Henri Capitant

Lien : http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_fr.htm

A – L'ACQUIS

De très nombreuses directives et deux règlements importants ont été adoptés en droit des sociétés. La construction communautaire y est dans l'ensemble assez riche.

Ils ont été adoptés sur le fondement des actuels 50 (en particulier II f et g) et 54 du TFUE, et ce afin de supprimer les restrictions à la liberté d'établissement.

« f) en appliquant la suppression progressive des restrictions à la liberté d'établissement, dans chaque branche d'activité considérée, d'une part, aux conditions de création, sur le territoire d'un État membre, d'agences, de succursales ou de filiales et, d'autre part, aux conditions d'entrée du personnel du principal établissement dans les organes de gestion ou de surveillance de celles-ci,

g) en coordonnant, dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers »

Article 54 (ex-article 48 TCE)

Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres.

Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif.

L'article 114 également (ex article 95 du TCE), lequel dispose que : *« Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.*

Ces différents instruments peuvent être regroupés en plusieurs catégories.

1°) Types et structures des sociétés

a) GEIE, SE et SCE :

C'est le droit de l'Union qui a permis l'institution par voie de règlement complétés le cas échéant par des directives de trois structures sociétaires de droit européen : le GEIE, la SE et la SCE :

- Règlement (CEE) n° 2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un **groupement européen d'intérêt économique (GEIE)** ;
- Règlement (CE) 2157/2001 du Conseil 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 ;
- Règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la **société coopérative européenne** et Directive 2003/72/CE du Conseil du 22 juillet 2003 complétant le statut de la société coopérative européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs.

b) Consécration de sociétés à responsabilité limitée unipersonnelles

L'Union a également contribué à la généralisation **dans les droits nationaux de formes de sociétés à responsabilité limitée à un seul associé** dont le but principal est la **limitation de la responsabilité entrepreneuriale** : directive 2009/102/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 en matière de droit des sociétés concernant **les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé** (Avant le 21 octobre 2009 : **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)

2°) Fonctionnement des sociétés et corporate governance

Un deuxième pôle intéresse le fonctionnement des sociétés au sens large, qu'il s'agisse d'aspects relevant d'une théorie générale des sociétés de capitaux (a) ou de règles intéressant surtout le gouvernement d'entreprise (b).

a) Aspects relevant d'une théorie générale des sociétés de capitaux

La première directive de 1968, codifiée pour plus de lisibilité en 2009, a joué un rôle très important dans la chasse aux causes de nullités en droit des sociétés et dans la reconnaissance d'un pouvoir légal des dirigeants d'engager une société de capitaux envers

les tiers, même au-delà des limites de l'objet social (théorie dite de la *Prokura*) : directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (Avant le 21 octobre 2009 : **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**)

La deuxième directive de 1976, d'une grande importance en ce qui concerne les conditions de constitution des sociétés anonymes, a été refondue en 2012 après de multiples modifications : directive 2012/30/EU du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 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 Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE (Avant le 4 décembre 2012 : **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.**

b) Corporate governance

Peuvent être citées d'autres directives qui intéressent cette fois davantage les questions de **corporate governance** et de transparence au sein des sociétés :

- Directive 2010/76/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 modifiant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE en ce qui concerne les exigences de fonds propres pour le portefeuille de négociation et pour les retitrisations, et la surveillance prudentielle des politiques de rémunération ;
- 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 ; cette directive fait l'objet d'une proposition de modification : Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, et la directive 2013/34/UE en ce qui concerne certains éléments de la déclaration sur la gouvernance d'entreprise (COM(2014) 213 final** du 9 avril 2014)

- **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 ;
- Directive 2003/58/CE du 15.7.2003 modifiant la directive 68/151/CEE du Conseil en ce qui concerne les obligations de publicité de certaines formes de sociétés.

3°) Restructurations de sociétés

De très nombreuses directives ont trait aux questions de **restructurations** des sociétés qui constituent pour l'UE un sujet de **prédilection** :

- Directive 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant les **fusions des sociétés anonymes** (Avant le 1er juillet 2011 : **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)
- **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**
- Directive 2009/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 modifiant les directives 77/91/CEE, 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil ainsi que la directive 2005/56/CE en ce qui concerne les **obligations en matière de rapports et de documentation en cas de fusions ou de scissions**
- 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**
- Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les **fusions transfrontalières** des sociétés de capitaux.

4°) Comptes sociaux

Au moins trois directives intéressent la **comptabilité sociétaire** :

- **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

- **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**

- **Huitième** directive 84/253/CEE du Conseil, du 10 avril 1984 fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g) du traité CEE, concernant **l'agrément des personnes chargées du contrôle légal des documents comptables**

5°) Droit financier

Elles sont **particulièrement nombreuses** et débordent largement le seul cadre sociétaire. On renverra sur ce point au volet de droit des marchés financiers⁴ et on citera pour simple mémoire les directives suivantes : 2004/25/CE du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition ou d'échange (**treizième directive**) ; 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers (« **MIF** ») ; « **prospectus** » du 29 avril 2004 (dont la révision est à l'ordre du jour) ; ou encore « **transparence** » du 15 décembre 2004.

L'objectif poursuivi est, rappelons-le, celui d'une **union totale des marchés de capitaux** (http://ec.europa.eu/finance/securities/prospectus/index_fr.htm).

B – LES PERSPECTIVES

1°) Le remise à l'ordre du jour de propositions en déshérence

Plusieurs propositions importantes de la Commission sont enlisées alors qu'elles concernent des **questions fondamentales** qui mériteraient certainement d'être remises à **l'ordre du jour**.

Proposition enlisée de Cinquième directive en date du 9 octobre 1972 sur la structure des sociétés anonymes, les pouvoirs et les obligations de leurs organes et nouvelle proposition du 19 août 1983.

Proposition controversée de Neuvième directive sur les **groupes** de sociétés

2°) Le plan de modernisation du droit des sociétés

La Commission a engagé un plan de modernisation du droit des sociétés au lendemain du scandale *Enron* notamment : **Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen - Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne – « Un plan pour avancer »** (21 mai 2003).

Elle a adopté le **12 décembre 2012** un **nouveau plan d'action** de modernisation du droit des sociétés et des règles de gouvernance d'entreprise (http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/121212_company-law-

⁴ Voir *infra* IX relatif au droit des marchés financiers.

[corporate-governance-action-plan_fr.pdf](#)), notamment pour promouvoir **l'actionnariat à long terme** et un accroissement des règles de transparence. Ce plan faisait suite à une vaste consultation publique.

A noter également : **la Résolution** du Parlement européen du 2 février 2012 contenant des **recommandations à la Commission sur une 14^{ème} directive sur le droit des sociétés relative au transfert transfrontalier du siège statutaire (2011/2046(INI))**

On pourrait toutefois imaginer que la construction sociétaire du 21^{ème} siècle dépasse l'actuel mouvement de simple consolidation des directives et embrasse des **questions ne se limitant pas aux seules restructurations de sociétés, exigences de transparence ou transposition de règles de corporate governance** directement inspirées par le droit nord-américain des affaires.

Le droit des **groupes** notamment pourrait être plus étroitement appréhendé par l'Union.

3°) Vers une SARL européenne ?

Après avoir présenté le 25 juin 2008 une **proposition de règlement permettant la création d'une SPE ou société privée européenne au capital social de 1 euro (version allégée de la SE)** une SARL européenne libérée des contraintes juridiques et pratiques tenant à l'existence de 28 droits différents dans l'Union, le **retrait de la proposition de statut de la SPE** a été annoncé dans l'annexe à la communication intitulée «Programme pour une réglementation affûtée et performante (REFIT): résultats et prochaines étapes» [COM(2013) 685 du 2 octobre 2013].

Ce **retrait est éminemment regrettable** et traduit un reflux d'une des constructions sociétaires les plus intéressantes ; en effet, la SE connaît un succès assez faible (environ 2500 SE dans toute l'UE dont plus des deux tiers en Allemagne semble-t-il) lié notamment à ses exigences de capital social très élevées (120.000 euros) tandis qu'une SPE aurait sans doute créé un **véritable véhicule européen** susceptible de **susciter l'attachement des commerçants et entrepreneurs de l'Union européenne**.

A l'heure actuelle, la Commission préconise plus modestement par voie de **directive** la création d'une nouvelle société unipersonnelle à responsabilité limitée, la **societas unius personae** ou SUP.

IV. DROIT DES SÛRETÉS

Par Michel GRIMALDI, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Président du Conseil scientifique de la Fondation pour le Droit Continental et Charles GIJSBERS, Professeur à l'Université de Rouen

A. L'ACQUIS

Deux directives seulement traitent, de manière principale ou incidente, des sûretés (V. également *infra VI A 2 c et d*) :

- la directive 2002-47 du 6 juin 2002 sur les **contrats de garantie financière**, qui a été transposée par l'ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005, et qui concerne principalement les **sûretés mobilières sur actifs financiers** ;
- la directive 2014/17 du 4 février 2014 sur les **contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel**, qui a été transposée par l'ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016 , et qui concerne principalement l'hypothèque (http://ec.europa.eu/finance/finservices-retail/credit/mortgage/index_fr.htm).

Par ailleurs, **deux règlements et une directive** touchent indirectement aux sûretés :

- le règlement n° 575/2013 du 26 juin 2013, sur les **exigences prudentielles** applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement (règlement complété par la directive n° 2013/36 du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement : directive qui est usuellement appelée « directive CRD IV ») et qui a été transposée par l'ordonnance n° 2014-158 du 20 févr. 2014) ;
- le règlement n° 1346-2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, qui sera remplacé à partir du 26 juin 2017 par le règlement n° 2015/848 du 20 mai 2015.
- la directive n° 2011/7 du 16 février 2011 concernant la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales qui comporte des dispositions sur la réserve de propriété.

On peut aussi mentionner l'impact de la directive 1993/13 du 5 avril 1993 sur les clauses abusives : v. CJUE, 14 mars 2013, n° C-415/11, Mohamed Aziz c/ CatalunyaCaixa qui condamne la législation espagnole en matière de procédure d'exécution d'une hypothèque dans la mesure où elle ne permet pas d'assurer une protection efficace du consommateur contre les clauses abusives contenues dans un contrat de prêt hypothécaire.

B - LES PERSPECTIVES

Eu égard aux efforts d'harmonisation qui ont d'ores et déjà été engagés au niveau international, la réflexion pourrait s'engager dans trois directions :

1°) Harmonisation du droit des sûretés mobilières

A ce sujet, on pourrait envisager une harmonisation conforme aux recommandations formulées dans le **Guide législatif sur les opérations garanties** adopté le 14 décembre 2007 par la CNUDCI (http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/security/Guide_securedtrans.html).

On pourra également se reporter aux travaux engagés sous la direction d'Ulrich Drobnig sur l'identification de principes européens du droit des sûretés personnelles et réelles, ainsi qu'au Livre IX du Cadre Commun de Référence traitant des sûretés réelles mobilières.

2°) L'eurohypothèque

L'une des propositions du Livre vert sur « Le crédit hypothécaire dans l'Union européenne » (Texte E 2920 - COM (2005) 327 final (septembre 2005)) était la **création d'une sûreté hypothécaire européenne ou eurohypothèque**, donc d'une sûreté hypothécaire d'une nature authentiquement européenne et de nature à faciliter la création d'un marché hypothécaire européen.

Cette proposition n'a pas été retenue par la directive précitée du 4 février 2014, qui tend surtout à une convergence des protections accordées à ceux qui empruntent en vue d'acquérir un logement, et ce au moyen d'une évaluation convenable de la solvabilité de l'emprunteur et de l'immeuble qui serait hypothéqué. Elle pourrait sans doute être **rediscutée à l'avenir** dans une perspective élargie aux crédits accordés aux entrepreneurs.

En présence de traditions latines historiquement attachées à l'accessoriété et un modèle allemand ouvert aux sûretés indépendantes (*Grundschild*), l'exemple de l'**hypothèque rechargeable** pourrait être un instrument offrant un compromis intéressant.

3°) Une sûreté conservatoire européenne

L'institution d'une **sûreté conservatoire véritablement européenne** pourrait pareillement être envisagée, dans le prolongement du titre exécutoire européen (V. *infra* IV).

V. DROIT DE L'EXÉCUTION

Par Nicolas CAYROL, Professeur à l'Université François-Rabelais de Tours

A – L'ACQUIS

La réglementation de l'UE en matière de procédures de recouvrement des créances est aujourd'hui assez riche⁵. Elle est censée **faciliter le recouvrement des créances** au sein de l'UE en offrant aux créanciers les voies et les moyens de surmonter les difficultés de fait et de droit liées à la conjonction du *principe de territorialité de l'exécution* avec les divisions nationales au sein de l'UE. Certains textes s'appliquent à rendre plus facile l'exécution forcée dans un autre état membre de l'UE (1). D'autres, plus récents, concernent les incitations à l'exécution volontaire (2).

1°) Exécution forcée des titres exécutoires dans un autre état membre de l'UE

Deux méthodes complémentaires ont été mises en œuvre : soit **faciliter les formalités de circulation des actes et des titres nationaux d'un état membre de l'UE à l'autre** ; soit **créer des titres d'emblée européens**, exécutoires sans formalités sur tout le territoire de l'UE.

a) Circulation des actes et des titres nationaux d'un pays de l'Union à l'autre

C'est l'objet du Règlement (UE) n ° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Obs. : 1, il a des règlements frères, relatifs aux obligations civiles non contractuelles (alimentaires, successorales⁶) ; 2, il remplace depuis le 1^{er} janvier 2015 un règlement du 22 déc. 2000 qui lui-même venait après la convention de Bruxelles ; 3, techniquement, il consiste en une inversion du contentieux par rapport à la procédure ordinaire d'exéquatur : la procédure est unilatérale, la contradiction est l'exception⁷.

⁵ Elle s'est développée après la communautarisation de la coopération judiciaire civile par le traité d'Amsterdam. Aujourd'hui, v. art. 81 TFUE.

⁶ V. Règlement (CE) n o 664/2009 du Conseil du 7 juillet 2009 instituant une procédure pour la négociation et la conclusion d'accords entre les États membres et des pays tiers concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements et des décisions en matière matrimoniale, de responsabilité parentale et d'obligations alimentaires, ainsi que sur le droit applicable en matière d'obligations alimentaires ; Règlement (UE) n ° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

⁷ Tout en simplifiant encore l'obtention unilatérale du caractère exécutoire du titre, ce règlement réussit à perfectionner le caractère contradictoire de la procédure en cas d'opposition. V. cette analyse dans le commentaire de L. d'Avout, *La refonte du règlement Bruxelles I*, D. 2013, p. 1017 : « Par comparaison au système ancien, où la déclaration de force exécutoire relevait le plus souvent du greffier, on fera observer le surcroît de protection offerte à la partie souhaitant se prémunir de la reconnaissance ou de l'exécution. Auparavant, celle-ci ne pouvait efficacement se défendre qu'à partir de l'instance contradictoire d'appel ;

A noter aussi le Règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (signification ou notification des actes), et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil, lequel facilite la notification des actes des procédures civiles d'exécution⁸.

b) Création de titres exécutoires européens supranationaux (supra-territorialité). Il en existe trois :

- le **titre exécutoire européen**, créé par le Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées. Le nouveau titre exécutoire de l'article 1244-4 (créé par la loi du 6 août 2015) délivré par l'huissier en cas d'accord du débiteur devrait pouvoir ainsi faire l'objet d'une certification comme TEE.

- la décision rendue à l'issue d'une **procédure européenne de règlement des petits litiges**, procédure régie par le Règlement (CE) N° 861/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges. Ce règlement s'applique, en matière civile et commerciale, aux litiges transfrontaliers lorsque le montant des demandes, aussi bien contestées qu'incontestées, ne dépasse pas 2 000 EUR (seuil relevé à 5000 euros à partir du 14 juillet 2017, en vertu de règlement du 16/12/2015). Comme pour le TEE, **les décisions rendues dans le cadre de cette procédure sont exécutoires sans aucune procédure intermédiaire**, notamment sans qu'une déclaration constatant leur force exécutoire soit nécessaire dans l'État membre d'exécution (suppression de l'exequatur)⁹.

- la décision rendue à l'issue d'une **procédure européenne d'injonction de payer**, procédure régie par le Règlement (CE) n o 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer¹⁰. Ce règlement ne concerne que les litiges transfrontaliers en matière civile et commerciale. Là encore dispense complète de procédure conférant force exécutoire à la décision.

Ces deux dernières procédures viennent d'être modifiés par le Règlement (UE) 2015/2421 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 modifiant le règlement (CE) n° 861/2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges et le règlement (CE) n° 1896/2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer.

désormais, elle le pourra dès la première instance. *Loin d'abroger les procédures intermédiaires de protection dans le pays requis, le règlement les a en réalité renforcées* ».

⁸ Pour une application à une saisie immobilière, v. Civ. 2^e, 8 janv. 2015, n° 13-26.224.

⁹ Sur ce règlement, v. rapport de la Commission du 19 novembre 2013.

¹⁰ Sur cette procédure, voir les données statistiques in RAPPORT DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL ET AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN sur l'application du règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne d'injonction de payer.

2°) Exécution volontaire

Il s'agit **d'offrir au créancier les moyens d'inciter le débiteur à s'exécuter volontairement** soit en le menaçant d'une sanction financière en cas de retard de paiement (mesure comminatoire), soit en le privant de l'usage de son compte en banque (mesure conservatoire d'indisponibilité).

a) Pénalités de plein droit en cas de retard de paiement

C'est l'objet de la Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, dont les dispositions ont été transposées en droit français pour les relations entre entreprises par la loi L. n° 2012-387 du 22 mars (v. C. Com., art. L. 446-1, I), et pour les relations entre entreprises et pouvoirs publics par la loi n° 2013-100 du 28 janv. 2013, art. 37 s.

b) Saisie conservatoire des comptes bancaires

Elle est régie par le Règlement (UE) n° 655/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale. Ce texte, qui concerne les créances pécuniaires en matière civile et commerciale dans les litiges transfrontières, instaure une **procédure au niveau de l'UE permettant à un créancier d'obtenir une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires de son débiteur** qui empêche que le recouvrement ultérieur de sa créance ne soit mis en péril par le transfert ou le retrait de fonds jusqu'à concurrence du montant précisé dans l'ordonnance, détenus par le débiteur ou pour le compte du débiteur sur un compte bancaire tenu dans un État membre. Cette procédure peut être initiée de manière unilatérale sans titre exécutoire. Elle implique la mise en œuvre dans les 30 jours d'une procédure au fond dans le cas où le créancier ne dispose pas de titre exécutoire.

B – LES PERSPECTIVES

L'essentiel des procédures de recouvrement est et restera sans doute longtemps régi par les règles nationales. De nouvelles évolutions sont toutefois envisageables.

La plus évidente est celle relatives au **titre exécutoire**. **Les dispositions européennes relatives aux titres exécutoires convergent. Quand elles se rejoindront, tous les titres exécutoires de tous les états seront des titres exécutoires européens.** C'est une question de procédure mais aussi une question de contrat (transaction, contrat notarié), ou plus généralement d'acte juridique (penser aux quittances, quitus et autres arrêtés de compte ou aux protêts et autres oppositions solennelles).

Déterminant pour le recouvrement des créances : l'information que le créancier peut avoir sur le patrimoine de son débiteur. Le Règl. (UE) 655/2014 du 15 mai 2014 relatif à la saisie conservatoire contient à cet égard un intéressant article 14 consacré à la recherche

d'information sur les comptes bancaires du débiteur. Il sera certainement question un jour de perfectionner de type de dispositions et **d'étendre la recherche d'information à d'autres éléments du patrimoine du débiteur européen**. V. à ce sujet le Livre vert sur l'exécution effective des décisions judiciaires dans l'Union européenne : la transparence du patrimoine des débiteurs, COM (2008) 128 final, 6 mars 2008.

A d'autres égards, **le règlement sur la saisie conservatoire des comptes pourrait être pionnier. Pourquoi seulement la saisie conservatoire des comptes ? A quand la saisie conservatoire des autres créances, des autres biens incorporels, des autres biens ?** Plus généralement, à quand **d'autres mesures conservatoires** que les saisies ? à quand des sûretés conservatoires européennes prises par un créancier craignant pour le recouvrement de sa créance ? à quand une action oblique européenne par un créancier qui souffre de la négligence de son débiteur ?

Les procédures d'exécution européennes seront comme les toutes les procédures d'exécution soumises à un **formalisme procédural impératif**. Se pose alors la question du sens et de la portée du caractère impératif de ces procédures d'exécution. Est-il permis de l'aménager voire d'y déroger par convention particulière ? Clause de voie parée ? Pacte commissaire ? Accord amiable en cours de procédure ?

VI. DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

par Philippe PETEL, Professeur à l'Université de Montpellier

A – L'ACQUIS

1°) Règlements n°1346/2000 du 29 mai 2000 et n°2015/848 du 20 mai 2015

Cette question a donné lieu au **règlement n°1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité**, applicable depuis le 31 mai 2002.

Ce règlement vise exclusivement les procédures collectives transfrontalières. Il détermine la loi applicable et fixe des règles de compétence et de reconnaissance des décisions judiciaires. Il fixe également des règles de coordination lorsque des procédures sont ouvertes dans plusieurs Etats membres.

Ce règlement a vocation à être remplacé par le **nouveau règlement (UE) du Parlement européen et du Conseil n°2015/848 du 20 mai 2015, applicable aux procédures ouvertes à partir du 26 juin 2017**. Ce nouveau règlement perfectionne le précédent et s'efforce d'organiser la circulation de l'information, notamment par l'interconnexion des **registres d'insolvabilité**.

2°) Recommandation de la Commission du 12 mars 2014

En revanche, il n'existe **aucun texte d'harmonisation imposant des règles communes aux Etats membres dans les procédures d'insolvabilité nationales**.

Néanmoins, une **recommandation de la Commission en date du 12 mars 2014** (JOUE, 14 mars 2014, L.74/65) se propose de favoriser « **une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises** ».

Cette recommandation détermine une série de **principes communs** qui devraient régir les procédures d'insolvabilité nationales applicables aux entreprises.

Ces principes sont déjà en vigueur dans la législation française comme dans la législation allemande. Il s'agit :

- de **faciliter la restructuration** des entreprises en difficulté à un stade **précoce** afin d'éviter une procédure collective publique et contraignante (**ce qui correspond à notre mandat *ad hoc* et à notre conciliation**) ;
- de **permettre également cette restructuration dans le cadre d'une procédure collective** adaptée à cet objectif et accordant un minimum de droits aux créanciers (**ce qui correspond à notre sauvegarde et à notre redressement judiciaire**, sous réserve de quelques adaptations concernant les comités de créanciers) ;
- de **faciliter le rebond de l'entrepreneur individuel définitivement défaillant** (ce qui correspond aux effets de notre liquidation judiciaire et à notre nouvelle procédure de rétablissement professionnel).

B – LES PERSPECTIVES

La recommandation précitée peut inciter à croire qu'une harmonisation serait facile puisque **d'importants Etats membres ont déjà intégré depuis longtemps les principes qui y sont visés.**

Toutefois, au-delà de ces principes acceptés par certains (et non par tous), **les législations des Etats membres en la matière ont toujours été très différentes et les rapprochements difficiles** (y compris pour le seul traitement des procédures transfrontalières) car on touche à des questions relevant de **l'ordre public économique.**

Imagine-t-on, par exemple, que notre plan de cession (qui permet de vendre des actifs à un prix lésionnaire pour les créanciers dans l'espoir de maintenir des emplois) soit accepté comme modèle par d'autres Etats membres (spécialement l'Allemagne) ? A l'inverse, imagine-t-on que la France puisse y renoncer ?

Autre source de difficultés : le droit des procédures collectives est au **carrefour** des autres matières (contrats, sûretés, travail, droit patrimonial de la famille). Il est donc **difficile d'y toucher** sans heurter des règles relevant de ces autres matières.

VII. DROIT BANCAIRE

Par Anne-Claire ROUAUD, Professeur à la Faculté de droit de Reims

Lien : http://ec.europa.eu/finance/topics/index_fr.htm

A – L'ACQUIS

Un très grand nombre de directives et de règlements ont été adoptés en droit bancaire.

Les directives ont été adoptées sur le fondement des articles 53 ou 114 du TFUE ; les règlements, sur celui de l'article 114.

Article 53, § 1 (ex article 47 TCE) :

Afin de faciliter l'accès aux activités non salariées et leur exercice, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, arrêtent des directives visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres, ainsi qu'à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant l'accès aux activités non salariées et à l'exercice de celles-ci.

Article 114, § 1 (ex article 95 du TCE) :

Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

L'on peut distinguer les textes relatifs au statut des établissements du secteur bancaire et ceux relatifs à l'activité de ces établissements.

1°) Statut des établissements

Le statut des établissements fait l'objet d'une **réglementation très développée au niveau européen.**

Les conditions d'accès à l'activité des établissements de crédit ont fait l'objet des premiers textes européens, modifiés et refondus à plusieurs reprises.

Plus récemment, depuis la mise en place du **mécanisme de surveillance unique (MSU) dans le cadre de l'Union bancaire** (c'est-à-dire principalement pour les Etats de la zone Euro), l'exercice de l'activité des établissements dans l'Union ne repose plus sur un système de passeport européen découlant de la reconnaissance mutuelle de l'agrément octroyé par les autorités des Etats membres, mais sur **la délivrance d'un agrément unique par une institution de l'Union (la Banque centrale européenne)**. De même, la supervision et les

mesures de résolution sont confiées à des institutions de l'Union (la BCE et le mécanisme de résolution unique (MRU)).

a) Conditions d'accès et d'exercice de l'activité et surveillance des établissements de crédit

Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant **l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement**, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE : *JOUE* L 176 du 27 juin 2013, p. 338 (« **directive CRD IV** » ; transposition pour le 31 décembre 2013)

Règlement 575/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement : *JOUE* L 176 du 27 juin 2013, p. 1 (« **règlement CRR** » ; applicable depuis le 1^{er} janvier 2014)

(remplaçant : Directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice et Directive 2006/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit, qui ont elles-mêmes refondu et abrogé la directive de codification 2000/12/CE et la directive 93/6/CEE)

(textes complétés par de nombreux règlements délégués et règlements d'exécution adoptés par la Commission européenne, une quarantaine à ce jour)

Règlement 1093/2010/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une autorité européenne de surveillance (**Autorité bancaire européenne**) : *JOUE* L 331 du 15 décembre 2010, p. 12

Surveillance des conglomérats financiers

Directive 2002/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2002 relative à la surveillance complémentaire des établissements de crédit, des entreprises d'assurance et des entreprises d'investissement appartenant à un conglomérat financier : *JOUE* L 35 du 11 février 2003, p. 1 (modifiée par la directive 2011/89/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 : *JOUE* L 326 du 8 décembre 2011, p. 113)¹¹

Mécanisme de surveillance unique (MSU) dans le cadre de l'Union bancaire (1^{er} pilier)

Règlement 1024/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit : *JOUE* L 287 du 29 octobre 2013, p. 63

¹¹ Adde Règlement délégué 342/2014/UE de la Commission du 21 janvier 2014 complétant la directive 2002/87/CE et le règlement 575/2013/UE par des normes techniques de réglementation pour l'application aux conglomérats financiers des méthodes de calcul des exigences en matière d'adéquation des fonds propres : *JOUE* L 100 du 3 avril 2014, p. 1

Règlement 1022/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant le règlement 1093/2010/UE instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne) en ce qui concerne des missions spécifiques confiées à la Banque centrale européenne en application du règlement 1024/2013/UE : *JOUE* L 287 du 29 octobre 2013, p. 5

b) Mécanismes de prévention et de traitement des difficultés des établissements de crédit

Traitement judiciaire

Directive 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit : *JOUE* L 125 du 5 mai 2001, p. 15

Traitement administratif

Pour l'ensemble des Etats membres :

Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement : *JOUE* L 173 du 12 juin 2014, p. 190 (« **directive résolution** » ou « **BRRD** »)

Pour les Etats membres de l'Union bancaire : Mécanisme de résolution unique (MRU) dans le cadre de l'Union bancaire (2^e pilier)

Règlement 806/2014/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2014 établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique, et modifiant le règlement 1093/2010/UE du Parlement européen et du Conseil : *JOUE* L 225 du 30 juillet 2014, p. 1 (applicable depuis le 1^{er} janvier 2016)

c) Systèmes de garantie des dépôts

Directive 94/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 1994 relative aux systèmes de garantie des dépôts : *JOUE* L 135 du 31 mai 1994, p. 5 (abrogée à compter du 4 juillet 2019)

Remplacée par : Directive 2014/49/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux systèmes de garantie des dépôts (refonte) : *JOUE* L 173 du 12 juin 2014, p. 149 (Transposition pour le 3 juillet 2015 ou le 31 mai 2016 selon les dispositions)

d) Lutte contre le financement du terrorisme et le blanchiment de capitaux

Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme : *JOUE* L 309 du 25 novembre 2005, p. 15 (« **3^e directive anti-**

blanchiment ») et Directive d'application 2006/70/CE de la Commission du 1^{er} août 2006 : *JOUE* L 214 du 4 août 2006, p. 29 (abrogées avec effet au 26 juin 2017)

Remplacée par : Directive 2015/849/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme abrogeant la directive 2005/60/CE : *JOUE* L 141 du 5 juin 2015, p. 73 (« **4^e directive anti-blanchiment** » ; transposition pour le 26 juin 2017)

Règlement 2006/1781/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2006 relatif aux informations concernant le donneur d'ordre accompagnant les virements de fonds: *JOUE* L 345 du 8 décembre 2006, p. 1

Remplacé par : Règlement 2015/847/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 sur les informations accompagnant les transferts de fonds: *JOUE* L 141 du 5 juin 2015, p. 1 (applicable à compter du 26 juin 2017 ; fait partie du « paquet anti-blanchiment » avec la directive mais concerne uniquement les prestataires de services de paiement ; il s'agit d'assurer la traçabilité des transferts de fonds tout au long de la chaîne de paiement)

2°) **Activité des établissements**

a) *Comptes*

Directive 2014/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur la comparabilité des frais liés aux comptes de paiement, le changement de compte de paiement et l'accès à un compte de paiement assorti de prestations de base : *JOUE* L 257 du 28 août 2014, p. 214 (transposition pour le 18 septembre 2016)

- ® Champ d'application : comptes de paiement dont les titulaires sont des consommateurs
- ® Principales mesures : favorise la comparabilité des frais associés aux comptes de paiement (obligation pré-contractuelle d'information par la fourniture d'un document d'information tarifaire ; obligation annuelle d'information sur les taux d'intérêts et les frais facturés ; emploi de termes normalisés), la mobilité bancaire (obligation pour les prestataires de services de paiement d'offrir un service de changement de compte ; limitation des frais associés au changement de compte ; obligations d'information) et l'accès à un compte de paiement (consécration d'un droit d'accès à un compte de paiement assorti de prestations de base fournies à titre gratuit ou moyennant des frais raisonnables)

Règlement (UE) n ° 655/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale : *JOUE* L 189 du 27 juin 2014, p. 59¹²

¹² Voir V, Droit de l'exécution.

b) Paiements

Monnaie électronique

Directive 2009/110/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, abrogeant la directive 2000/46/CE (« DME 1 ») : *JOUE* L 267 du 10 octobre 2009, p. 7 (« **DME 2** »)

- ® Outre les dispositions relatives aux conditions d'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique, à son exercice et à la surveillance prudentielle de ces établissements, la directive comporte des dispositions relatives au remboursement de la monnaie électronique et précise à ce titre le contenu du contrat conclu entre l'émetteur et le détenteur de monnaie électronique.

Services de paiement

Directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur (« **DSP 1** ») : *JOUE* L 319 du 5 décembre 2007, p. 1 (abrogée avec effet à compter du 13 janvier 2018)

- ® Outre qu'elle a ouvert le marché des services de paiement à une catégorie d'établissements (les établissements de paiement) autre que les établissements de crédit (conditions d'accès à l'activité de PSP, contrôle prudentiel), la DSP 1 a encadré les relations entre les prestataires de services de paiement (PSP) et leur clientèle, notamment en ce qui concerne les obligations précontractuelles et contractuelles d'information, la résiliation du contrat-cadre de services de paiement, les frais facturés à l'utilisateur de services de paiement, la révocation de l'ordre de paiement et la responsabilité en cas d'opérations de paiement non autorisées ou mal exécutées ; sachant qu'il est possible de déroger à un certain nombre de ces dispositions, sauf lorsque l'utilisateur de services de paiement est un consommateur)

Remplacée par : Directive 2015/2366/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, abrogeant la directive 2007/64/CE du 13 novembre 2007 : *JOUE* L 337 du 23 décembre 2015, p. 35 (« **DSP 2** » ; transposition pour le 13 janvier 2018)

- ® La DSP 2 refond et complète la précédente directive ; elle régit en outre les activités des agrégateurs (service d'information sur les comptes, qui fournit en ligne des informations consolidées sur les comptes détenus auprès d'un autre ou de plusieurs PSP, et service d'initiation de paiement, qui permet d'initier un ordre de paiement sur un compte tenu par un autre PSP), notamment en ce qui concerne les contrats conclus entre les différents prestataires, ainsi que l'accès aux données des comptes de paiement et l'utilisation de ces données

Paiements transfrontaliers, virements

Règlement 924/2009/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant les paiements transfrontaliers dans la Communauté : *JOUE* L 266 du 9 octobre 2009, p. 11

- ® Champ d'application : paiements transfrontaliers en euros au sein de l'UE
- ® Principales mesures : en ce qui concerne les relations avec la clientèle, impose que les frais afférents à ces paiements soient identiques à ceux des paiements internes ; en ce qui concerne les relations entre PSP, plafonne le montant des commissions multilatérales d'interchange

Règlement 260/2012/UE du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 établissant des exigences techniques et commerciales pour les virements et les prélèvements en euros : *JOUE* L 94 du 30 mars 2012, p. 22 (« **règlement SEPA** »), modifié par le règlement 248/2014/UE du 26 février 2014 en ce qui concerne la migration vers un système de virements et de prélèvements à l'échelle de l'Union : *JOUE* L 84 du 20 mars 2014, p. 1 (applicable avec effet rétroactif à compter du 1^{er} janvier 2014)

- ® Régit les relations entre les PSP (obligation d'assurer l'interopérabilité de leurs schémas de paiement, communication d'informations entre prestataires et interdiction des commissions d'interchange pour les prélèvements)

Cartes de paiement

Règlement 2015/751/UE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte : *JOUE* L 123 du 19 mai 2015, p. 1 (applicable à compter des 8 juin 2015, 9 décembre 2015 et 9 juin 2016 selon les dispositions)

- ® Concerne principalement les rapports entre les PSP : plafonnement des commissions d'interchange versées, dans les schémas quadripartites, par la banque d'acquisition à la banque d'émission ; encadrement des pratiques commerciales des schémas de cartes de paiement (prohibition de certaines pratiques et notamment de certaines clauses dans les contrats conclus entre le schéma de carte de paiement et les PSP)
- ® Certaines mesures concernent les relations entre les PSP et les commerçants ou les utilisateurs de cartes de paiement (contrat porteur) : possibilité de « cobadgeage » des cartes, transparence tarifaire...

Systèmes interbancaires de paiement

Directive 98/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres : *JOUE* L 166 du 11 juin 1998, p. 45

- ® Concerne les relations interbancaires (assure l'irrévocabilité des ordres de paiement et des opérations de paiement en cas de procédure d'insolvabilité d'un établissement participant du système)

c) Crédit

Crédit aux consommateurs

Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant le crédit aux consommateurs : *JOUE* L 133 du 22 mai 2008, p. 66

- Ⓜ Champ d'application : crédit aux consommateurs (y compris sous forme de découvert en compte)
- Ⓜ Principales mesures : informations précontractuelles (y compris publicitaires) et contractuelles (notamment sur le taux d'intérêt débiteur), obligation d'évaluer la solvabilité du consommateur, droit de rétractation de l'emprunteur, possibilité de remboursement anticipé, indication du taux annuel effectif global

Crédit immobilier

Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel : *JOUE* L 60 du 28 février 2014, p. 34¹³ (transposition pour le 21 mars 2016)

- Ⓜ Champ d'application : crédit immobilier aux consommateurs (crédits destinés à financer l'acquisition d'un bien immobilier et crédits garantis par une hypothèque)
- Ⓜ Principales mesures, dans la lignée de la directive de 2008/48 : obligations d'information précontractuelles et contractuelles, calcul du taux annuel effectif global, obligation d'évaluer la solvabilité du consommateur ; délai de réflexion et/ou de rétractation...

d) Garanties financières

Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière : *JOUE* L 168 du 27 juin 2002, p. 43 (« **directive collateral** »)

- Ⓜ Champ d'application : contrats de garantie en espèces ou instruments financiers entre établissements financiers ou entre un établissement financier et une entreprise personne morale
- Ⓜ Principales mesures : absence de formalités de constitution ou d'opposabilité, transfert de propriété à des fins de garantie, droit d'utilisation, résiliation-compensation, efficacité de la garantie financière en cas de procédure d'insolvabilité

¹³ *Adde* Règlement délégué 1125/2014/UE de la Commission du 19 septembre 2014 complétant la directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil par des normes techniques de réglementation concernant le montant monétaire minimal de l'assurance en responsabilité civile professionnelle ou de la garantie équivalente par laquelle les intermédiaires de crédit sont tenus d'être couverts : *JOUE* L 305 du 24 octobre 2014, p. 1

e) Dispositions transversales relatives aux services financiers

Commercialisation à distance de services financiers

Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs : *JOUE* L 271 du 9 octobre 2002, p. 16

- ® Champ d'application : contrats de services financiers (banque, crédit, assurance, investissement, paiement) conclus à distance avec un consommateur
- ® Principales mesures : obligations précontractuelles d'information, droit de rétractation

Documents d'informations clés relatifs aux produits d'investissement packagés de détail

Règlement 1286/2014/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 sur les documents d'informations clés relatifs aux produits d'investissement packagés de détail et fondés sur l'assurance : *JOUE* L 352 du 9 septembre 2014, p. 1 (« **règlement PRIIPs** » ; (applicable à partir du 31 décembre 2016)

- ® Champ d'application : fait peser des obligations d'information standardisée sur les concepteurs de produits d'investissement (gestionnaires de fonds d'investissement, assureurs, banques), au bénéfice des investisseurs de détails (clients de détail, i.e. non professionnels, au sens de la directive MIF 2, ce qui ne correspond pas à la notion de consommateur mais peut inclure aussi des personnes morales et des entreprises ne dépassant pas certains seuils)
- ® Principales mesures : vise à informer les consommateurs selon un format facile à comprendre grâce à un « document d'informations clés » (DIC) fournissant des informations, selon un format normalisé, sur les principales caractéristiques du produit ainsi que sur les risques et les coûts, de manière à éclairer les consommateurs et à faciliter la comparaison entre les différents produits d'investissement

B - LES PERSPECTIVES

1°) Les propositions de textes

Séparation des activités

Proposition de règlement du 29 janvier 2014 relatif à des mesures structurelles améliorant la résilience des établissements de crédit de l'Union européenne : COM/2014/43 final art 114 TFUE

Système européen de garantie des dépôts dans le cadre de l'Union bancaire (3^e pilier)

Proposition de règlement du 24 novembre 2015 modifiant le règlement 806/2014/UE afin d'établir un système européen d'assurance des dépôts : COM/2015/586 final art 114 TFUE

2°) Les pistes de réflexion

La réglementation européenne relative aux activités des établissements du secteur bancaire, est plus parcellaire que celle relative à leur statut.

Parmi les textes relatifs aux activités des établissements, certains sont d'ordre essentiellement technique (tels ceux relatifs au virement « SEPA » et aux systèmes de paiement), tandis que d'autres intéressent davantage les relations contractuelles entre les prestataires et leur clientèle, telle la directive relative aux services de paiement ou celle relative à la monnaie électronique (qui, tout en régissant le statut des établissements de monnaie électronique, encadre aussi leurs relations avec les détenteurs de monnaie électronique, notamment en imposant des obligations d'information ainsi que la remboursabilité des unités de monnaie électronique).

Si les dispositions relatives aux services de paiement (DSP et DME) s'appliquent quelle que soit la qualité du client¹⁴, **le droit bancaire européen régit principalement les opérations lorsque le client a la qualité de consommateur** : tel est le cas pour la directive sur les comptes de paiement, ainsi que pour les directives relatives au crédit à la consommation et au crédit immobilier, qui forment le **socle d'un droit bancaire européen de la consommation**.

A cet égard, d'autres éléments à prendre en compte tiennent au **développement, au-delà du droit bancaire, d'un droit européen des services financiers** appréhendant les problématiques de protection des emprunteurs, assurés et investisseurs (consommateurs de produits financiers) de manière transversale (voir directive sur la commercialisation de services financiers à distance et règlement PRIPs) ainsi qu'à l'impact de l'essor du numérique sur l'activité des établissements du secteur bancaire et, plus largement, du secteur des services financiers de détail.

En ce sens, la Commission a publié en décembre 2015 un **Livre vert sur les services financiers de détail**, « De meilleurs produits, un plus large choix et davantage d'opportunités pour les consommateurs et les entreprises » (COM/2015/0630 final). Cette initiative est à mettre en perspective avec le **plan d'action pour construire l'Union des marchés des capitaux** adopté par la Commission européenne le 30 septembre 2015, comportant 20 mesures clés pour réaliser un véritable marché unique pour le capital en Europe. Il s'agit notamment d'offrir aux entreprises plus de solutions de financement à tous les stades de leur développement, et aux investisseurs de détail et aux épargnants plus de possibilités d'investissement.

Quelques pistes de réflexion :

- Faut-il **régir de manière générale la conclusion de contrats à distance** (régie pour l'instant, en matière de services financiers, uniquement lorsque le client est un consommateur) ?

¹⁴ La DSP permet de déroger à certaines dispositions lorsque le client n'est pas un consommateur.

- Faut-il élaborer un **droit européen du crédit aux entreprises** (notamment obligations d'information, conditions de rupture du crédit), le droit européen se concentrant pour l'heure sur le crédit aux consommateurs ?
- voire un **droit commun européen du crédit** (qui viendrait le cas échéant s'intercaler entre le droit commun européen du contrat et le droit spécial européen du crédit à la consommation) ?
- de manière plus générale, problématiques ayant trait à l'articulation entre un éventuel droit commun européen des contrats et les dispositions spéciales dont le champ d'application est défini par des critères objectifs mais aussi subjectifs (par ex crédit aux consommateurs)
- Faut-il **légiférer au niveau européen sur les garanties du crédit** ? (mais cela relève davantage du droit des sûretés (V. *supra* IV B...))

On peut enfin signaler d'autres questions qui, sans être propres au droit bancaire, intéressent tout particulièrement l'activité des établissements de ce secteur et leurs relations avec la clientèle, telles celles relatives au règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation¹⁵ et à la protection des données personnelles¹⁶, ainsi que les interrogations, qui se situent à la périphérie du droit bancaire stricto sensu, relatives à la nécessité d'encadrer au niveau européen certains instruments de la finance alternative, tels le microcrédit¹⁷ ou le financement participatif¹⁸.

¹⁵ V. notamment le réseau FIN-NET, créé par la Commission en 2001 pour faciliter le règlement des litiges transfrontières relatifs aux services financiers ; v. égal. Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (*JOUE* n° L 165, 18 juin 2013, p. 63) (« directive RELC »).

¹⁶ Règlement du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (« **règlement général sur la protection des données** ») (non encore publié).

¹⁷ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2006/48/CE au microcrédit, déc. 2012 (COM/2012/769 final).

¹⁸ V. IX, Droit des marchés financiers.

VIII. DROIT DES ASSURANCES

Par Mireille BACACHE, Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Panthéon-Sorbonne Paris 1), Directeur de l'Institut des Assurances de Paris (IAP-Paris 1)

Le droit de l'Union européenne en la matière a tendu vers la réalisation d'un marché unique de l'assurance. En revanche, pour l'heure, il n'existe pas encore de droit européen du contrat d'assurance.

A - L'ACQUIS : LA RÉALISATION DU MARCHÉ UNIQUE DE L'ASSURANCE

En tant qu'activité économique, **l'assurance relève des dispositions du Traité qui instituent la libre prestation de services et la liberté d'entreprendre**

La liberté d'établissement consiste pour tout ressortissant d'un Etat membre à pouvoir s'établir sur le territoire d'un autre Etat membre pour y exercer une activité professionnelle aux mêmes conditions que celles imposées par cet Etat d'accueil pour ses propres ressortissants. Autrement dit, une entreprise qui a son siège dans un Etat membre peut installer une succursale sur le territoire d'un autre Etat dans des conditions identiques à celles imposées aux entreprises de ce dernier. Une entreprise française doit pouvoir s'établir en Allemagne pour vendre à un consommateur allemand.

La libre prestation de services (LPS) permet à tout ressortissant d'un Etat membre d'exercer son activité professionnelle sur le territoire d'un autre Etat membre sans devoir y disposer d'un établissement, dans les mêmes conditions que celles imposées par l'Etat d'accueil à ses ressortissants. Elle permet notamment à une entreprise d'assurance, déjà implantée, dans un Etat membre d'exercer son activité dans les autres. Une entreprise établie en France doit pouvoir vendre un contrat d'assurance à un consommateur allemand, en vertu d'offre transfrontalières

Dans ce contexte, il paraissait souhaitable et nécessaire de lever les obstacles qui entraveraient l'exercice effectif de ces 2 libertés et d'harmoniser l'accès au marché de l'assurance.

A cet effet, on peut **distinguer deux grandes étapes**.

1°) Première étape dite *Solvabilité I*

Plusieurs directives ont été adoptées successivement :

Directives non-vie : 73/240/CEE, 78/473/CEE, 79/267/CEE, 84/641/CEE, 87/343/CEE, 87/344/CEE, 88/357/CEE, 90/618, CEE, 92/49/CEE, 92/49/CEE, 95/26/CEE, 2000/26/CE, 2000/64/CE et 2002/13/CE

Directives Vie : 79/267/CEE, 90/619/CEE, 92/96/CEE, 2002/83/CE

Directive réassurance 2005/68/CE

Directive groupes d'assurance 98/78/CE

Ces directives peuvent être classées en trois groupes ou 3 générations.

a) Celles de la première génération ont cherché à coordonner les règles relatives à l'accès à l'activité d'assurance

(not. : **Directive 73/239/CEE du 24 juillet 1973 en assurance non vie et 79/267/CEE du 5 mars 1979 sur l'assurance vie**)

b) Celles de la deuxième génération ont cherché à faciliter l'exercice de la libre prestation de services

(not. **Directive 88/357/CEE du 22 juin 1988 en assurance non vie et directive 90/619/CEE du 8 novembre 1999 en assurance vie**)

c) Celles de la troisième génération ont porté sur la « licence unique »

(not.: **Directive 92/49/CEE du 18 juin 1992, en assurance non vie et 92/96/CEE du 10 novembre 1992 en assurance vie** (remplacée par directive 2002/83/CE du 5 novembre 2002)) : L'agrément dans un Etat membre donne lieu à une licence unique ou passeport européen, c'est-à-dire, accorde à l'entreprise le droit d'agir aussi bien en libre prestation de service qu'en liberté d'établissement. La procédure est schématiquement la suivante: l'entreprise qui souhaite ouvrir une succursale dans un autre Etat doit le déclarer à son autorité d'origine. Si l'autorité de l'Etat du siège accepte la création de la succursale, elle en informe l'autorité de l'Etat d'établissement. Celle-ci ne peut s'y opposer et reçoit seulement une notification de sorte que seule l'autorité de l'Etat du siège donne son autorisation. la procédure est analogue si une entreprise veut exercer son activité en LPS : elle en fait une déclaration auprès de l'autorité du siège qui va autoriser ou non l'exercice en LPS (il s'agit d'une activité nouvelle qui entraîne une augmentation des risques). Ensuite, une notification est adressée à l'autorité de l'Etat d'accueil. Autrement dit, une entreprise d'assurance a la possibilité d'exercer son activité dans n'importe quel Etat membre sur la base de l'agrément de son Etat d'origine.

A travers ces directives **l'objectif est d'harmoniser les conditions de base de l'agrément administratif, les conditions d'accès au marché**. A cet effet, elles posent des exigences quantitatives harmonisées, en garantissant des actifs permettant le règlement intégral des engagements, des fonds propres supérieurs à un minimum de marge et des provisions techniques suffisantes.

Mais ces exigences, conçues à minima, étaient nécessairement complétées au niveau national faisant obstacle à un marché unique de l'assurance. En outre, elles se sont révélées insuffisantes dans un contexte économique et financier évolutif. Par ailleurs, les aspects de gouvernance n'étaient pas abordés et des divergences étaient observées entre les autorités de contrôle, même si une collaboration des autorités de contrôle était imposée.

La commission a donc souhaité procéder à une révision de ces textes afin de les simplifier, accroître l'intégration des marchés et moderniser la supervision.

2°) Deuxième étape dite Solvabilité II

L'ensemble des directives précédentes a été remplacé par une seule : la **directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II)** (Modifiée par Directive 2011/ 89 du 16 novembre 2011 en ce qui concerne la surveillance des entités financières) et 2013/58 du 11 décembre 2013)

Cette directive a été complétée par la **directive Omnibus II, 2014/51/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014** modifiant les directives 2003/71/CE et 2009/138/CE et les règlements (CE) no 1060/2009, (UE) no 1094/2010 et (UE) no 1095/2010 en ce qui concerne les compétences de l'Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles) et de l'Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers)

Et par le **règlement délégué (UE) 2015/35 de la commission du 10 octobre 2014** (complétant la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II)). Ce règlement est d'application directe depuis le 18 janvier 2015

La directive a été transposée en droit national par l'ordonnance n°2015-378 du 2 avril 2015 et le décret n°2015-513 du 7 mai 2015 (Textes entrés en application le 1^{er} janvier 2016)

Ces textes sont complétés par des normes techniques d'exécution et orientations (*Implementation Technical Standards – ITS*) de l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles – EIOPA). Adoptés par la commission européenne, ces normes deviennent d'application directe

Les objectifs de Solvabilité II étaient de renforcer l'intégration du marché européen de l'assurance, favoriser la compétitivité des assureurs et renforcer la protection des assurés

A cet effet, **Solvabilité II comporte trois axes ou piliers :**

a) En premier lieu, le pilier 1 regroupe les exigences quantitatives, c'est-à-dire les règles de valorisation des actifs et des passifs, ainsi que les exigences de capital et leur mode de calcul.

(La directive Omnibus 2, adoptée le 11 mars 2014, a modifié la directive Solvabilité II, notamment sur les règles relatives à la courbe des taux).

b) En deuxième lieu, le pilier 2 regroupe des exigences dites qualitatives, c'est-à-dire les règles de gouvernance et de gestion des risques des organismes d'assurance, dont l'évaluation propre des risques de la solvabilité (Own Risk and Solvency Assessment – ORSA).

La directive Solvabilité II, modifiée par Omnibus 2 fixe les principes de gouvernance. Ces règles sont complétées, pour être effectives, par une surveillance prudentielle renforcée. A cet effet, Solvabilité II renforce l'harmonisation des pratiques de contrôle

c) En troisième lieu, le pilier 3 concerne la communication d'informations au public et aux autorités de contrôle.

Il tend à harmoniser au niveau européen les informations publiées par les organismes d'assurance à destination du public ainsi que celles remises aux superviseurs aux fins de

contrôle. **Ce pilier, relatif aux obligations de reporting au superviseur et de diffusion d'information au public (*public disclosure*), est un élément essentiel du nouveau cadre prudentiel, qui s'articule avec les exigences quantitatives et qualitatives des deux premiers piliers.** Les obligations en matière de reporting et d'informations au public sont, pour l'essentiel, définies par le règlement délégué et des normes techniques d'exécution et des orientations. Notamment, les états prudentiels et leurs annexes explicatives sont pris sous la forme de normes techniques d'exécution (*Implementing Technical Standards – ITS*), élaborés par l'Autorité Européenne des Assurances et des Pensions Professionnelles (AEAPP, EIOPA en anglais).

II- LES PERSPECTIVES : VERS UN DROIT EUROPÉEN DU CONTRAT D'ASSURANCE ?

On observe pour l'heure que les **législations nationales des Etats membres restent pour l'essentiel différentes.**

Cette absence d'harmonisation peut constituer un frein pour un marché européen de l'assurance, une entrave pour la libre prestation de service et la liberté d'entreprise pour plusieurs raisons. (Le 31 janvier 2013 la commission a constitué un groupe d'experts chargé d'examiner les entraves au développement transfrontaliers des produits d'assurances causées par les disparités des droits nationaux qui a rendu son rapport le 27 février 2014 (Communiqué de presse de la Commission du 27 février 2014 IP/14/194)).

Tout d'abord, en raison des règles de conflits de lois dans l'espace, **la loi applicable au contrat est la loi du lieu de résidence habituelle du souscripteur, donc une loi nationale.**

Ensuite, **s'agissant du contrôle prudentiel, l'entreprise qui s'installe en France est soumise quant aux produits qu'elle propose à la législation française.** Par conséquent, s'il est vrai que l'autorité de contrôle de l'Etat de la succursale est simplement informée par l'Autorité de l'Etat du siège de la création de la succursale, en revanche, celle-ci est soumise au contrôle prudentiel et à la vigilance de l'autorité de l'Etat d'établissement. De même l'entreprise qui exerce en LPS est soumise au contrôle de l'autorité locale. Notamment, depuis Solvabilité II et la directive 2013/36 en matière bancaire, l'ACPR a pour mission nouvelle de sanctionner les entreprises qui ne respectent pas la présentation des contrats et les dispositions du code de la consommation telles que prévues par le droit français (mentions obligatoires, caractère apparent des clauses d'exclusion...). **Ce pouvoir s'étend donc aux succursales des entreprises européennes qui ont bénéficié de la LE ou qui exercent directement en LPS.**

Enfin et surtout, **l'entrave résulte des divergences nationales relatives aux règles relevant de matières sur lesquelles repose ou s'appuie le droit des assurances.** Notamment, **le contrat d'assurance reste pour une large part soumis au droit commun des contrats.** Or pour l'instant il n'existe pas encore d'harmonisation du droit des contrats au niveau européen, il n'existe pas un droit européen des contrats. De même, les règles relatives à la responsabilité civile, déterminantes pour examiner la couverture de l'assurance RC varient profondément d'un pays à l'autre. Si le droit français connaît un principe général de responsabilité pour faute (art. 1382 du Code civil), tel n'est pas le cas de l'Allemagne ou du Royaume Uni.

Une certaine harmonisation partielle ou ponctuelle existe déjà néanmoins. Notamment, les directives de la deuxième génération ont harmonisé l'obligation d'information qui incombe à l'assureur (directive 92/96 du 10 novembre 1992 pour l'assurance vie (art. 31) et directive 92/49 du 18 juin 1992 sur l'assurance non vie (art. 43)).

On peut également citer des textes à portée plus large qui ont eu des incidences en droit des assurances/ Directive du 8 mai 2000 sur le commerce électronique ; directive du 22 septembre 2002 sur la vente à distance de services financiers ; règlement n°44/2001 du 22 décembre 2000 relatif à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ; directives en droit de la consommation

Pour finir, il convient de rappeler des **tentatives plus ambitieuses d'harmonisation et qu'il pourrait être opportun de remettre à l'ordre du jour** :

- Une proposition de directive du Conseil visant à la **coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant le contrat d'assurance** du 28 juillet 1979 (**abandonnée**)
- Un groupe de travail a été chargé en 2005 d'un projet de « révision du droit européen applicable au contrat d'assurance » et **d'élaboration d'un cadre commun de référence pour le droit applicable au contrat d'assurance**. Ce travail soumis à la commission a donné lieu en 2007 à la publication des « Principes du droit européen du contrat d'assurance » (PDECA).

IX. DROIT DES MARCHES FINANCIERS

Par Pauline PAILLER, Professeur à l'Université de Reims

A – L'ACQUIS

De très nombreux textes ont été adoptés au niveau européen en droit des marchés financiers, qu'il s'agisse de directives ou de règlements, complétés par les normes de droit souple de l'ESMA (*European Securities and Markets Authority ou Autorité européenne des marchés financiers – AEMF, en français*) – lignes directrices, orientations, communiqués, etc.

Les directives ont été adoptées sur le fondement de l'article 53, §1, 114, §1 ou, pour la directive 2014/57/UE sur les sanctions pénales applicables aux abus de marché, 83, §2 du TFUE ; les règlements, sur celui de l'article 114.

Article 53, § 1 (ex article 47 TCE) :

Afin de faciliter l'accès aux activités non salariées et leur exercice, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, arrêtent des directives visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres, ainsi qu'à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant l'accès aux activités non salariées et à l'exercice de celles-ci.

Article 83, §2 (ex-article 31 TUE)

Lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné. Ces directives sont adoptées selon une procédure législative ordinaire ou spéciale identique à celle utilisée pour l'adoption des mesures d'harmonisation en question, sans préjudice de l'article 76.

Article 114, § 1 (ex article 95 du TCE) :

Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

L'objectif premier a été de poser les bases d'un marché unique des marchés financiers, en y renforçant la concurrence. La directive sur les services d'investissement du 10 mai 1993

consacre ainsi le statut des prestataires de services d'investissement en facilitant l'exercice de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services par la reconnaissance d'un passeport européen¹⁹. La directive sur les marchés d'instruments financiers du 21 avril 2004²⁰, encore désignée comme la directive MIF I, supprime pour sa part le principe de concentration des ordres sur un marché réglementé unique et organise la concurrence entre différents systèmes de négociation.

Les textes adoptés récemment, dans le contexte particulier de la crise économique et financière de 2008, s'inscrivent dans une perspective différente. **L'objectif de régulation** devient en effet central : il s'agit de limiter le risque systémique et d'assurer une meilleure protection de l'investisseur, « consommateur » de services financiers. Ces deux finalités, complémentaires, sont souvent poursuivies de front, plusieurs textes protégeant à la fois l'intérêt et l'efficacité du marché et l'intérêt de l'investisseur « consommateur ». Le paquet « MIF II », constitué d'une directive et d'un règlement adoptés le 15 mai 2014, qui doit se substituer à compter du 3 janvier 2018 à la directive MIF I, qui structure le droit européen des marchés financiers et fait figure de socle en la matière, constitue une bonne illustration de cette imbrication.

1°) Le statut des professionnels

Alors que la crise financière de 2008 a fortement ébranlé le système financier, le législateur européen a renforcé de façon méthodique les obligations attachées au statut de professionnel du secteur financier. Certains statuts ont ainsi fait l'objet d'un encadrement consolidé, quand d'autres ont été créés à l'occasion.

a) Les prestataires de services d'investissement

Le statut des prestataires de services d'investissement résulte pour le moment de la Directive MIF I précitée du 21 avril 2004. Ce texte, qui constitue le socle du droit européen des marchés financiers, pose les conditions d'agrément des prestataires de services d'investissement ainsi que les règles de bonne conduite auxquelles ils doivent se conformer.

La Directive MIF II précitée du 15 mai 2014, qui devait initialement être transposée au 3 janvier 2017, a fait l'objet d'un report d'application et doit se substituer à la Directive MIF I à compter du 3 janvier 2018.

- **Texte actuellement applicable** : 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, dite **Directive MIF I**.

¹⁹ Directive 93/22/CEE du Conseil, du 10 mai 1993, concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières.

²⁰ 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 (ci-après Directive MIF I).

- **Texte applicable à compter du 3 janvier 2018** : Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE, dite **Directive MIF II**.

b) Les gestionnaires²¹ et les dépositaires d'organismes de placement collectif (OPC)

Le domaine de la gestion collective fait l'objet d'un encadrement accru depuis la crise financière de 2008. Auparavant, le législateur européen n'encadrait que les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) dits coordonnés à l'exclusion des organismes de placement collectif non coordonnés et des autres fonds, du type *hedge funds*. Pour les OPCVM coordonnés, il posait en outre des règles très générales sur la mise en œuvre de la responsabilité des dépositaires, qui n'avaient pas été modifiées depuis une première directive OPCVM du 20 décembre 1985²², et dont les faiblesses étaient apparues pendant la crise financière.

Le législateur européen a donc **élargi le champ de la réglementation**, mais il a aussi renforcé et **précisé les règles existantes relatives au gestionnaire de fonds et au dépositaire**, en instaurant notamment un principe de responsabilité sans faute en cas de perte d'un actif susceptible de conservation. La nouvelle réglementation a été mise en place en deux temps : d'abord, le législateur a encadré **les gestionnaires de fonds d'investissements alternatifs** par une nouvelle directive du 8 juin 2011, dite **Directive AIFM** ; il a ensuite renforcé les obligations du gestionnaire et du dépositaire d'OPCVM par une nouvelle directive dite OPCVM V du 23 juillet 2014, s'inspirant à cet égard des règles posées par la directive AIFM.

Si les règles prévues dans ces deux textes ne sont pas exactement identiques, les fonds d'investissements alternatifs étant davantage destinés aux investisseurs institutionnels quand les organismes de placement collectif en valeurs mobilières le sont davantage aux investisseurs de détail, ces deux textes marquent **une nette volonté d'uniformiser l'encadrement en matière de gestion collective**.

- **Texte applicable aux gestionnaires de fonds d'investissements alternatifs** : Directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n°1060/2009 et (UE) n°1095/2010, dite **Directive AIFM**.
- **Texte applicable aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières à compter du 18 mars 2016** : Directive 2014/91/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 modifiant la directive 2009/65/CE portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), pour ce qui est

²¹ Les gestionnaires d'OPC sont des prestataires de services d'investissement et doivent donc respecter les règles communes énoncées pour ces professionnels. Certaines de leurs obligations sont toutefois renforcées.

²² Directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), dite Directive OPCVM I.

des fonctions de dépositaire, des politiques de rémunération et des sanctions, dite **Directive OPCVM V**.

c) Les agences de notation

Les agences de notation, qui notent les émetteurs et les instruments financiers, ont été critiquées à la suite de la crise de 2008, à laquelle il leur a été reproché d'avoir contribué. Elles ont fait l'objet d'un encadrement par un règlement du 16 septembre 2009, renforcé par des règlements des 11 mai 2011 et 21 mai 2013 et complété par cinq règlements délégués de la Commission, ainsi que des lignes directrices de l'ESMA.

Le règlement de 2011 renforce notamment en ce domaine les pouvoirs de l'ESMA, en lui reconnaissant de manière inédite un pouvoir de sanction, alors que le règlement du 24 novembre 2010 qui a institué l'autorité européenne ne lui conférait pas un tel pouvoir à l'encontre des professionnels et des acteurs de marché. Le règlement de 2013 étend le domaine des règles posées et consacre la possibilité pour les investisseurs d'engager la responsabilité civile des agences, à des conditions strictes.

On peut également signaler l'adoption d'une directive complémentaire du 21 mai 2013, qui intéresse les agences de notation de crédit dans le cadre des institutions de retraite professionnelle et de la gestion collective.

□ **Textes applicables :**

- ✓ Règlement (CE) n°1060/2009 du Parlement européen et du Conseil sur les agences de notation de crédit, tel que modifié par le Règlement (UE) n°513/2011 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2011 et par le Règlement (UE) n°462/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013.
- ✓ Directive 2013/14/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 modifiant la directive 2003/41/CE concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, la directive 2009/65/CE portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) et la directive 2011/61/UE sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs en ce qui concerne la dépendance excessive à l'égard des notations de crédit.

2°) L'organisation des marchés financiers

a) La structure des marchés financiers

La directive sur les marchés d'instruments financiers du 21 avril 2004, ou directive MIF I, a réalisé la mise en concurrence des marchés financiers en consacrant différentes plates-formes de négociation, instaurant **la concurrence des systèmes multilatéraux de négociation et des marchés réglementés**.

Mais cette nouvelle architecture de marché n'a pas rempli tous ses objectifs en permettant la création de plates-formes de négociation opaques, dérogeant à la réglementation européenne. **La Directive MIF II du 15 mai 2014 crée donc de nouvelles plates-formes de négociation** pour compléter le dispositif existant. Désormais, il existe trois catégories de plateformes de négociation : les marchés réglementés, les systèmes multilatéraux de négociation et les nouveaux systèmes organisés de négociation, destinés à la négociation des obligations, des produits structurés et des produits dérivés, auparavant négociés hors marché.

On peut souligner que la directive MIF II crée en outre un marché dédié aux PME, le marché de croissance des petites et moyennes entreprises, afin de faciliter l'accès de celles-ci aux marchés de capitaux.

- **Texte actuellement applicable** : 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, dite **Directive MIF I**.
- **Texte applicable à compter du 3 janvier 2018** : Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE, dite **Directive MIF II**.

b) L'encadrement des activités

(i) Les obligations d'information des émetteurs

Les obligations d'information des émetteurs dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé

Pour les émetteurs dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les obligations d'information sont renforcées. Ces obligations résultent principalement d'une directive du 15 décembre 2004, dite **Directive Transparence**, qui impose ainsi aux émetteurs de publier des informations financières périodiques sur leurs résultats tout au long de l'exercice, ainsi que des informations continues sur la détention de pourcentages importants de droits de vote.

- **Texte applicable** : 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, telle que modifiée par la Directive 2010/73/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 et la Directive 2013/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013, dite **Directive Transparence**.

L'établissement d'un prospectus en cas d'offre au public ou d'admission de titres financiers sur un marché réglementé

Les émetteurs sont tenus de mettre à la disposition du public un document d'information, communément désigné sous le terme de « prospectus », en cas d'offre au public ou d'admission des titres financiers sur un marché réglementé. Cette obligation générale d'information est prévue par une directive du 4 novembre 2003, dite **Directive Prospectus**, qui est actuellement en cours de révision²³.

- **Texte applicable** : 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, telle que modifiée par la Directive 2010/73/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 et la Directive 2013/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013, dite **Directive Prospectus**.

(ii) Les offres publiques d'acquisition

Le régime des offres publiques d'acquisition résulte d'une directive du 21 avril 2004.

- **Texte applicable** : Directive 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition, dite **Directive OPA**.

(iii) La vente à découvert

Depuis la crise financière, la question de l'encadrement de la vente à découvert s'est posée avec davantage d'acuité, dès lors qu'elle renforce la spéculation à la baisse et, par conséquent, la baisse des cours. La mise en place d'un dispositif européen harmonisé résulte d'un règlement du 14 mars 2012, qui impose plus de transparence au régime applicable aux positions courtes sur actions et sur dettes souveraines.

- **Texte applicable** : Règlement (UE) n°236/2012 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 sur la vente à découvert et certains aspects des contrats d'échange sur risque de crédit.

²³ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2015 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, COM/2015/0583 final - 2015/0268 (COD).

(iv) Les garanties sur les marchés financiers

Les contrats de garantie financière

Le législateur européen prévoit un régime harmonisé pour l'ensemble des garanties financières, ou *collateral*, et les sécurise en écartant pour ces contrats l'application du droit des procédures collectives.

- **Texte applicable** : Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, telle que modifiée par la Directive 2009/44/CE du 6 mai 2009, dite **Directive Collateral**.

Les opérations de financement sur titres

Les opérations de financement sur titres permettent aux acteurs du marché d'avoir accès à des financements garantis, en utilisant des actifs qu'ils détiennent, par exemple des actions ou des obligations. Ces opérations consistent à consentir des garanties sur ces actifs, en échange d'un financement. Il s'agit par exemple d'opérations de prêt ou d'emprunt de titres, de pension, d'achat-revente ou de vente-rachat de titres ou encore de prêt avec appel de marge. Le législateur impose, par un règlement du 25 novembre 2015, des obligations de déclaration de ces opérations auprès de référentiels centraux. Il encadre également la faculté de réutilisation de ces garanties.

- **Texte applicable à compter du 12 janvier 2016, sauf exception** : Règlement (UE) 2015/2365 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relatif à la transparence des opérations de financement sur titres et de la réutilisation et modifiant le règlement (UE) n°648/2012.

(v) Le règlement des transactions

Le caractère définitif des règlements-livraisons

Le premier texte relatif au dénouement des transactions, longtemps resté unique, est la directive du 19 mai 1998, modifiée par une directive du 6 mai 2009, qui pose le principe du caractère définitif des règlements-livraisons. A la suite de la crise financière de 2008, ce texte a été complété par le règlement EMIR du 4 juillet 2012 concernant les contreparties centrales et le règlement DCT du 23 juillet 2014 sur les dépositaires centraux de titres.

- **Texte applicable** : Directive 98/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, telle que modifiée par la directive n°2009/44/CE du 6 mai 2009.

Les contreparties centrales

Le règlement EMIR du 4 juillet 2012, complété par de nombreux règlements délégués, a pour objet d'améliorer la transparence et la sécurité des opérations sur instruments dérivés conclus hors marché réglementé. Les contrats dérivés standardisés sont ainsi soumis à une obligation de compensation par une contrepartie centrale et l'ensemble des positions prises sur les marchés dérivés doivent être déclarées à un référentiel central. Le règlement met en place un encadrement des contreparties centrales, afin de garantir leur solidité financière, ainsi que des référentiels centraux.

L'obligation de compensation imposée par le règlement EMIR est complétée par une obligation de négociation sur une plateforme de négociation, ainsi que par des obligations de déclaration, instituées par le règlement MIF II du 15 mai 2014.

- **Textes applicables :**

- ✓ Règlement (UE) n°648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux, dit **Règlement EMIR**.
- ✓ **A compter du 3 janvier 2018** : Règlement (UE) n°600/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant le règlement (UE) n°648/2012, dit **Règlement MIF II**.

Les dépositaires centraux de titres

Par un règlement du 23 juillet 2014, le législateur européen pose un cadre harmonisé au régime des dépositaires centraux de titres, afin de renforcer la sécurité des transactions et limiter le risque systémique.

- **Texte applicable** : Règlement (UE) n°909/2014 du Parlement Européen et du Conseil du 23 juillet 2014 concernant l'amélioration du règlement de titres dans l'Union européenne et les dépositaires centraux de titres et modifiant les directives 98/26/CE et 2014/65/UE ainsi que le règlement (UE) No 236/2012, dit **Règlement DCT**.

c) La régulation par l'ESMA

Les autorités européennes de surveillance ont été instituées après la crise financière pour réguler les secteurs de l'assurance, de la banque et des marchés financiers. L'autorité européenne des marchés financiers (*AEMF*) ou *ESMA* (pour *European Securities and Markets Authority*) est en charge de réguler le secteur des marchés financiers. Son organisation et ses missions ont été définies par un règlement du 24 novembre 2010.

- **Texte applicable** : Règlement (UE) n°1095/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers).

3°) La protection des investisseurs

a) La protection au stade de la commercialisation

La protection de l'investisseur est un enjeu essentiel de la législation européenne en matière financière ; l'objectif est ainsi d'élaborer un socle commun de règles pour le consommateur européen de produits d'investissement. Plusieurs textes se combinent à cette fin.

Deux directives s'intéressent à la distribution des produits d'investissement : il s'agit de la **directive MIF II du 15 mai 2014**, qui a une vocation générale, et de la directive sur la **Distribution des produits d'assurances** du 20 janvier 2016, qui abroge et remplace la Directive sur l'intermédiation en assurance du 9 décembre 2002, dite **Directive Intermédiation en Assurance I**²⁴, et qui encadre la distribution des produits d'investissement assurantiels. Les circuits de distribution dans leur ensemble se trouvent donc réglementés, imposant des règles communes à tous les distributeurs dans le secteur des services financiers. Se construit ainsi un nouveau régime des « produits » par un encadrement de leur création et de leur distribution.

En parallèle, le législateur européen a adopté le 26 novembre 2014 un **règlement européen, transversal, portant sur les documents d'information clés relatifs aux produits d'investissement packagés de détail et fondés sur l'assurance**, dit **règlement PRIPs**, qui vient utilement compléter ce dispositif. Là encore, l'objectif est d'assurer une protection uniforme de l'investisseur en encadrant le circuit de distribution et en garantissant aux investisseurs une information minimale.

□ Textes applicables :

- ✓ **A compter du 31 décembre 2016** : Règlement (UE) n°1286/2014 du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 sur les documents d'informations clés relatifs aux produits d'investissement packagés de détail et fondés sur l'assurance, dit **Règlement PRIPs**.
- ✓ **A compter du 3 janvier 2018** : Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE, dite **Directive MIF II**.
- ✓ **A compter du 2 février 2018** : Directive (UE) 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances, qui abroge et remplace la directive Intermédiation en assurance du 9 décembre 2002, dite **Directive Distribution en Assurance**.

²⁴ Dir. 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 déc. 2002.

b) La protection au stade de l'indemnisation

Une directive du 3 mars 1997 prévoit des systèmes d'indemnisation des investisseurs. Une discussion est en cours en vue de modifier cette directive afin de tenir compte de l'adoption des directives MIF I et, désormais, MIF II, et d'harmoniser les règles applicables avec celles existant pour la garantie des dépôts²⁵. Il s'agit de renforcer la confiance dans le système financier et la protection des investisseurs.

- **Texte applicable** : Directive 97/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 mars 1997 relative aux systèmes d'indemnisation des investisseurs.

4°) La sanction des abus de marché

En matière d'abus de marché – opérations d'initiés et manipulations de marché –, la réglementation européenne se fondait sur la directive du 28 janvier 2003. Cette directive est abrogée et remplacée par deux textes adoptés le 16 avril 2014 : un règlement prévoyant un dispositif de sanctions administratives des abus de marché, qui élargit et renforce le dispositif existant, et une directive qui instaure un dispositif de sanctions pénales, l'articulation de ces deux dispositifs administratif et pénal devant opérer conformément au principe *ne bis in idem* consacré à l'article 50 de la Charte des Droits fondamentaux.

- **Textes applicables** :
 - ✓ **Actuellement** : Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché.
 - ✓ **A compter du 3 juillet 2016, sauf exception** : Règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission, dit **Règlement Abus de marché**.
 - ✓ **A compter du 3 juillet 2016** : Directive 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché, dite **Directive Abus de marché**.

B - LES PERSPECTIVES

1°) Les projets de textes

La Commission européenne a le projet de constituer une **Union des marchés de capitaux**, sur le modèle de l'Union bancaire, destinée à mobiliser les capitaux au niveau européen. Le 30 septembre 2015, elle a ainsi rendu public un plan d'action pour la mise en place d'une

²⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2010 modifiant la directive 97/9/CE relative aux systèmes d'indemnisation des investisseurs, COM(2010) 371 final, 2010/0199 (COD).

telle union²⁶, afin de surmonter la fragmentation encore importante des marchés de capitaux. Elle a ainsi notamment pour objectif de renforcer l'innovation, les start-up et les sociétés non cotées ou encore de faciliter les investissements par les investisseurs de détail ou institutionnels.

Dans ce cadre général, plusieurs propositions de textes sont en discussion. Une proposition de règlement encadrant **les opérations de titrisation** est ainsi à l'étude, l'objectif étant d'identifier les critères d'opérations de titrisation simples, transparentes et standardisées²⁷. Participant de la même dynamique, on peut citer **la révision en cours de la directive prospectus**²⁸.

2°) Les pistes de réflexion

A la suite de la crise financière de 2008, le législateur a multiplié les textes afin de limiter le risque systémique et de renforcer la protection des investisseurs pour, notamment, restaurer la confiance dans les marchés de capitaux. L'adoption de textes s'est faite dans un souci d'efficacité et d'exhaustivité, mais sans recherche de **lisibilité**. La **multiplication de textes**, distincts par leur nature (directives, règlements, règlements d'exécution, règlements délégués, lignes directrices, orientations, communiqués, etc.), ainsi que par leur objet, nuit à la bonne compréhension des règles applicables. Ce constat est renforcé par la **technicité** des termes employés. Si la complexité de la matière et l'inventivité constante de la pratique empêchent certainement de modifier radicalement cet état de fait, certaines pistes pourraient toutefois en modifier l'ampleur.

La **consolidation des textes existants** pourrait être une première piste de réflexion. Plusieurs textes poursuivent en effet des objectifs identiques et se recoupent partiellement. En matière de protection de l'investisseur, trois textes interviennent concurremment pour encadrer la distribution des produits d'investissement : la directive MIF II du 15 mai 2014, le règlement PRIIPs du 26 novembre 2014 et la directive Distribution en assurance du 20 janvier 2016²⁹. Il s'agirait d'identifier des **règles de convergence** afin d'élaborer un droit commun des marchés financiers, qui pourrait trouver ses sources dans le dispositif très complet du Règlement et de la Directive MIF II.

Un **effort de définition uniforme** pourrait être une deuxième piste de réflexion. Le domaine de la protection de l'investisseur est une bonne illustration de l'utilisation de la technique

²⁶ http://ec.europa.eu/finance/capital-markets-union/docs/building-cmu-action-plan_fr.pdf.

²⁷ **Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles communes en matière de titrisation ainsi qu'un cadre européen pour les opérations de titrisation simples, transparentes et standardisées, et modifiant les directives 2009/65/CE, 2009/138/CE et 2011/61/UE et les règlements (CE) n°1060/2009 et (UE) n°648/2012.**

²⁸ **Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2015 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**, COM/2015/0583 final - 2015/0268 (COD).

²⁹ A cet égard, on peut signaler que la directive MIF II, dans un article 91, avait posé, avant l'adoption de la directive Distribution en assurance, des règles d'encadrement des produits d'investissement assurantiels et modifié en ce sens la directive Intermédiation en assurance I du 9 décembre 2002.

des renvois, qui est généralisée en matière financière³⁰. Ne pourrait-on pas proposer un **glossaire** pour simplifier et uniformiser les définitions en matière de réglementation financière ? Ne pourrait-on pas également proposer, dans le même sens, une réflexion pour l'ensemble du droit européen des affaires, afin d'élaborer, quand cela est possible, des définitions communes aux différents secteurs d'activités ? La notion de client de détail, d'investisseur de détail, qui pourrait dans une certaine mesure renvoyer à celle de consommateur, est à cet égard symbolique.

L'ouverture du droit européen des marchés financiers aux PME et aux investisseurs de détail est une troisième piste de réflexion. Le développement des marchés européens de PME, prévu par la Directive MIF II, pourrait être associé à une réflexion sur un encadrement harmonisé du financement participatif³¹, qui connaît un essor certain dans les droits nationaux, et qui pourrait être un moyen de développer les investissements au niveau européen, au profit des PME. Ce développement manifeste les limites d'un raisonnement uniquement axé sur le droit des marchés financiers pur et les besoins d'un élargissement aux PME.

Quelques pistes de réflexion :

- Faut-il proposer une **refonte du droit européen des marchés financiers** ?
- Faut-il procéder à l'élaboration d'un **glossaire** regroupant les termes de droit des marchés financiers, par une **uniformisation de certaines notions récurrentes** ?
- Faut-il harmoniser au niveau européen l'encadrement du **financement participatif** ?

³⁰ Le règlement PRIIPs définit ainsi « l'investisseur de détail » comme a) « un client de détail au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 11), de la directive 2014/65/UE » qui vise le client qui n'est pas professionnel et b) « un client au sens de la directive 2002/92/CE (Directive Intermédiation en Assurance I), lorsque celui-ci ne correspondrait pas à la définition d'un client professionnel donnée à l'article 4, paragraphe 1, point 10), de la directive 2014/65/UE (Directive MIF II) ».

³¹ Communication de la Commission, « Libérer le potentiel du financement participatif dans l'Union européenne », 27 mars 2014, COM/2014/0172 final.

X. DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Par Nicolas BINCTIN, Professeur à l'Université de Poitiers

La propriété intellectuelle s'identifie dans la construction d'une propriété intellectuelle de l'Union européenne, à la fois dans le cadre de procédures transnationales et de titres de propriété de même nature. Le droit européen de la propriété intellectuelle laisse encore une place importante à l'approche nationale de la matière, mais celle-ci se réduit régulièrement et devrait parvenir à s'éteindre. Le droit des marques n'a de sens aujourd'hui que dans une perspective européenne, tout comme le droit des dessins et modèles et le droit des obtentions végétales. Pour autant, le droit matériel de l'Union européenne reste parcellaire en propriété intellectuelle bien que l'on constate un mouvement soutenant l'émergence d'une harmonisation complète³². Il est même possible d'esquisser les lignes de ce que pourrait être ou devrait être un Code européen de la propriété intellectuelle³³.

A - L'ACQUIS

La construction contemporaine de la propriété intellectuelle s'effectue sous l'influence tutélaire de l'Union européenne.

Ce mouvement d'harmonisation fut, en premier lieu, un **mouvement jurisprudentiel**, engagé par la Cour de justice afin de trouver une voie entre le respect d'une propriété intellectuelle locale et un marché intérieur libre et ouvert où les produits et services circulent sans contrainte. Cette construction fut d'une grande qualité et sut trouver des points d'équilibres essentiels. Le développement de la notion d'épuisement du droit, la distinction entre l'existence et l'exercice du droit de propriété, l'émergence des fonctions de la propriété sont autant de produits de cette construction jurisprudentielle, fondée uniquement sur une interprétation des articles 30, 36, 81 et 82 du Traité de Rome.

Ce mouvement jurisprudentiel, s'il ne s'est pas arrêté, a ensuite laissé place à une approche **législatif**. Ce deuxième temps a permis, à la fois, de définitivement consacrer les outils développés par la jurisprudence mais a aussi permis d'aller au-delà de ceux-ci, en particulier par l'avènement de titres de propriété unionistes, en pleine harmonie avec l'unité du marché intérieur.

1°) Les droits substantiels

La construction d'un droit de la propriété intellectuelle de l'Union européenne influençant, voire remplaçant, le droit interne s'est faite par la mobilisation de l'ensemble des ressources juridiques de l'Union. L'euphorie des années quatre-vingt-dix laisse place à une faible

³² V. J. Schapira, G. Le Tallec, J.-B. Blaise et L. Idot, *Droit européen des affaires*, 5^e éd., Puf, 1999, t. 1, p. 456 sq., « Vers un droit communautaire de la propriété industrielle ».

³³ V. N. Binctin, « Pour un code communautaire de la propriété intellectuelle », *Mélanges G. Bonet*, LexisNexis 2010, coll. IRPI t. 36, p. 51.

ambition collective actuelle. Non seulement le maintien de l'acquis semble parfois délicat, mais son renouvellement connaît des obstacles certains. Ce travail d'influence passe par les directives, outils d'harmonisation du droit interne (a). Il est aussi nécessaire d'envisager l'apport des règlements qui façonnent directement les outils juridiques pouvant être mobilisés par les ressortissants de l'UE (b).

a) Les directives

Sans faire une énième présentation des différentes directives de l'Union abordant des questions de propriété intellectuelle ou d'établir un état de leur transposition en droit français, on remarque que le recours à cet instrument est le choix politique. Le consensus européen autour de la propriété intellectuelle apparaît à géométrie variable.

Le droit des marques et le droit des dessins et modèles sont les deux principaux bénéficiaires de cette influence européenne, grâce à l'adoption de directives embrassant la totalité du régime de propriété à chaque fois. Le droit interne a dû, pour ces deux titres de propriété, profondément évoluer pour se mettre en conformité avec le droit de l'Union. Le droit des marques fut le premier à bénéficier d'une démarche active du législateur de l'UE. La directive de 1992 marque l'ère faste de l'influence dynamique et volontaire de l'Union européenne sur les régimes de propriété intellectuelle des Etats-membres. Ce mouvement fut maintenu durant plusieurs années, le texte initial amendé, complété, codifié et finalement modifié en substance en décembre 2015³⁴.

Le **droit des brevets** n'a, lui, connu qu'une seule directive, en 1998, encadrant la **brevetabilité du vivant et la brevetabilité des inventions de biotechnologies**. Ce sujet est très sensible ; la Cour de justice en a proposé des interprétations ayant un très fort retentissement³⁵. Cette harmonisation parcellaire, qui impose à la Cour, pour l'appliquer, de répondre à de nombreuses questions est l'une des premières marques des limites de l'action dynamique de l'Union européenne. En effet, l'interprétation de la directive à l'occasion de questions préjudicielles appelle la définition de la notion d'invention brevetable, et des conditions de brevetabilité. La directive ouvre une porte et la Cour s'empare de l'espace créé, allant ensuite au-delà du texte, pour simplement avoir les moyens de l'interpréter. Le droit des brevets se construit pour l'heure en dehors d'une harmonisation de l'Union européenne. Il est sous l'influence de la Convention de Munich, conclue en 1973. Cette convention internationale, hors du champ du droit de l'Union, porte une vision du droit des brevets, sans que celle-ci soit une vision de l'Union européenne. L'office a une expertise reconnue, il élabore une politique autonome pour le droit des brevets, et influence directement les pratiques nationales en la matière. Il construit des outils autonomes pour la

³⁴ Directive (UE) 2015/2436 du Parlement Européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) ; RÈGLEMENT (UE) 2015/2424 du Parlement Européen et du Conseil du 16 décembre 2015 modifiant le règlement (CE) no 207/2009 du Conseil sur la marque communautaire et le règlement (CE) no 2868/95 de la Commission portant modalités d'application du règlement (CE) no 40/94 du Conseil sur la marque communautaire, et abrogeant le règlement (CE) no 2869/95 de la Commission relatif aux taxes à payer à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles).

³⁵ Voir CJUE, 6 juill. 2010, aff. C-428/08, *Monsanto Technology LLC*.

mise en œuvre de ce droit, dans un cadre multilatéral³⁶. Ce désengagement de l'Union européenne semble à contre-courant des comportements des autres grandes puissances politiques, économiques et juridiques du monde. Sans avoir directement pour objet un brevet, certaines dispositions du droit de l'Union influencent l'économie entourant le brevet. Ainsi, la directive 91/414/CEE du 15 juillet 1991 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques³⁷, modifiée par la directive 2006/136/CE du 11 décembre 2006³⁸ met en place des règles uniformes concernant les conditions et les procédures d'autorisation de mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques ainsi que de leur révision et de leur retrait ce qui influencent le sort des brevets dans les domaines visés.

Le droit d'auteur connaît un sort similaire à celui des brevets. Au lieu d'une seule directive proposant une harmonisation totale, **on identifie, pour le droit d'auteur, une pluralité de directives qui dessinent une harmonisation en pointillés** : l'intégration des logiciels, la durée du droit de propriété, les exceptions, les œuvres orphelines, le droit de suite, la gestion collective, la licence multiterritoriale. Chacune de ces questions voit son traitement juridique harmonisé au sein de l'Union européenne mais le droit d'auteur reste malheureusement rétif à une harmonisation complète. Alors, à l'image de ce qui se fait en droit des brevets, la Cour de justice, pour les besoins de sa mission, produit une harmonisation rampante du droit d'auteur³⁹. Cette démarche génère, par nature, un déséquilibre des régimes internes de propriété intellectuelle. Les droits voisins n'ont pas plus de chance que le droit d'auteur et attendent aussi une harmonisation globale pour le territoire de l'Union. Leur durée va évoluer quand sera transposé en droit interne la directive 2011/77⁴⁰, mais bien d'autres champs appelleraient une harmonisation. Les droits voisins ont tout de même été enrichis grâce à l'influence européenne. La directive de 1995 sur le droit de producteur de bases de données a permis la naissance d'un nouveau droit de propriété intellectuelle pour le territoire de l'ensemble de l'Union⁴¹. Outil important de l'économie du savoir, permettant la valorisation des bases de données, et assurant une emprise juridique au mouvement « *big data* », le droit de producteur de bases de données a offert un avantage juridique important à l'Union européenne. En revanche, le véhicule juridique retenu nourrit des doutes. Pourquoi ne pas avoir opté pour la voie du règlement et permis l'émergence d'un titre de propriété unioniste ? Cette option, en harmonie avec l'origine de ce titre de propriété, aurait permis de mettre en place un droit de propriété en miroir du marché pertinent sur lequel il devait s'exercer.

³⁶ Voir N. Binctin, « Les apports de la propriété intellectuelle à l'analyse d'un ordre public « transnational » ou « réellement international » », *Mélanges Bernard Audit*, Lextenso 2014, p. 89.

³⁷ JOUE L 230, p. 1.

³⁸ JOUE L 349, p. 42.

³⁹ CJUE, 1^{er} déc. 2011, aff. C-145/10, *Panier/Axel Springer*; CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-5/08, *Infopaq* ; voir aussi Cass. com., 15 juin 2010 ; CCE 2010, comm. 120, obs. C. Caron ; *Prop. Intell.*, janv. 2011. 83, obs. J.-M. Bruguière. CJUE, 1^{er} mars 2012, aff. C-604/10, *Football Dataco Ltd Vs. Yahoo ! UK Ltd*.

⁴⁰ [DIRECTIVE 2011/77/UE DU 27 SEPT. 2011 MODIFIANT LA DIRECTIVE 2006/116/CE RELATIVE A LA DUREE DE PROTECTION DU DROIT D'AUTEUR ET DE CERTAINS DROITS VOISINS.](#)

⁴¹ Directive 96/9 du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données : JOCE 27 mars 1996, L. 77.

b) Les règlements

Autre outil clé de la construction juridique de l'Union européenne, les règlements ont plus qu'une influence, ils modifient directement l'ordonnement juridique interne des Etats membres. Ainsi, la **consécration d'une marque de l'Union ou d'un dessin et modèle de l'Union a mis directement en concurrence les droits de propriété nationaux avec les droits de propriété de l'Union européenne**, fait juridique inédit. Cette concurrence, saine, a indéniablement eu une influence sur le droit interne, si ce n'est directement sur le régime, au moins sur le fonctionnement des institutions de la propriété intellectuelle.

Toutefois, le passage par le règlement peut aussi traduire quelques difficultés d'harmonisation. Le droit des obtentions végétales en est la preuve. Ne parvenant pas à aboutir à un accord interétatique pour l'adoption d'une directive pour ce titre de propriété intellectuelle, l'Union européenne a su passer outre ces réticences et parvenir à adopter un règlement. Ainsi, les titres de propriété nationaux ne connaissent pas une harmonisation européenne et se contentent d'une harmonisation par le biais de la convention UPOV⁴². Ils doivent, en revanche, cohabiter, ou supporter la concurrence, d'un titre de propriété de l'Union européenne, couvrant l'ensemble du territoire de celle-ci.

Le droit de la propriété littéraire et artistique n'a pas bénéficié d'un tel mouvement permettant la construction d'un droit de l'Union pour ces matières.

Enfin, le droit des brevets a bénéficié, en décembre 2012, de l'adoption de deux règlements, mais ceux furent des règlements⁴³ marquant l'échec d'une ambition et consacrant une construction inachevée.

2°) Les droits processuels

Le droit douanier de la propriété intellectuelle a connu un élan majeur sous l'influence de l'Europe. Le droit douanier présente la particularité d'être au cœur de la construction européenne et bénéficie d'une codification européenne. L'avènement du libre-échange intra-européen a conduit à limiter les contrôles douaniers pour la circulation des biens incorporant des biens intellectuels au profit du principe de l'épuisement des droits. Toutefois, même dans le cadre du droit de l'UE, la circulation de marchandises contrefaisantes entre Etats membres est une source de contentieux autour de la notion de transit interne⁴⁴. Le droit européen s'est emparé spécifiquement du contrôle des biens intellectuels dans le cadre du règlement 1383/2003⁴⁵, remplacé par le règlement 608/2013 concernant le contrôle, par les autorités douanières, du respect des droits de propriété intellectuelle⁴⁶ dont le règlement d'application, le règlement 1352/2013, a été publié en

⁴² Convention internationale pour la protection des obtentions végétales, signée à Paris le 2 décembre 1961.

⁴³ Règlements n° 1257/2012 et n° 1260/2012 du 17 déc. 2012, *JOUE* 31 déc. 2012, L. 361, p. 1.

⁴⁴ V. N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 1254 et sq.

⁴⁵ *JOUE*, n° L 196 du 2 août 2003 p.0007 – 0014 ; *RTD com.* 2004. 289, obs. J.-C. Galloux ; Règlement d'application n° 1891/2004, *PIBD* 2005, n° 799, I-1 ; *RTD com.* 2005.292, obs. J.-C. Galloux.

⁴⁶ Règl. n° 608/2013, 12 juin 2013, concernant le contrôle, par les autorités douanières, du respect des droits de propriété intellectuelle et abrogeant le règlement (CE) n° 1383/2003 du Conseil, *JOUE* n° L 181, 29 juin 2013 ; N. Binctin, « Le règlement 608/2013 concernant le contrôle, par les autorités douanières, du respect des droits

décembre 2013⁴⁷. La refonte du règlement s'est réalisée dans un environnement tendu sous l'influence notamment de l'échec de la ratification de l'Accord ACTA qui soutenait des pistes intéressantes pour renforcer, au travers de l'intervention des douanes, la lutte contre la contrefaçon.

La saisie-contrefaçon est une solution française instaurée dès les lois de 1791 et 1793 relatives au droit d'auteur. Cette procédure, particulièrement intrusive, a fait l'objet d'une harmonisation européenne heureuse par la directive 2004/48. Au-delà de la saisie-contrefaçon, le droit de l'Union a influencé les actions préventives de lutte contre la contrefaçon en soutenant deux autres procédures.

D'une part, le droit d'information qui fut l'une des réelles innovations de la transposition de la directive en droit interne⁴⁸. Cette procédure nouvelle, autonome de la saisie-contrefaçon, peut être invoquée en complément de cette dernière ou indépendamment de celle-ci. Le régime en est identique pour l'ensemble des titres de propriété intellectuelle. Il est le fruit de la transposition en le droit interne de dispositions de la directive de 2004/48 inspirées des articles 43, 44 et 47 des accords ADPIC. Ce droit d'information permet au propriétaire du bien intellectuel contrefait d'obtenir des informations sur les conditions de distribution par le contrefacteur de son bien, de connaître la consistance et l'étendue de la contrefaçon pour mieux évaluer la masse contrefaisante et lutter contre les canaux de diffusion. Perçue parfois comme l'obligation de prouver contre soi-même, cette mesure permet de compléter les informations obtenues éventuellement dans le cadre de la saisie-contrefaçon, voire de s'en passer. Cette transparence, non sans évoquer par certains aspects la procédure de *Discovery* retenue aux États-Unis, est lourde de conséquences, le risque de la preuve reposant sur celui qui doit collaborer.

D'autre part, la transposition des dispositions de l'article 9 de la directive 2004/48, adoptées en raison des dispositions de l'article 50 des accords ADPIC, a conduit à insérer dans le Code de la propriété intellectuelle une procédure permettant d'obtenir du juge, saisi en référé ou sur requête, des mesures provisoires pour l'interdiction d'actes de contrefaçon⁴⁹. L'interdiction d'exploitation répond à une procédure *ad hoc*, elle existait de façon similaire avant la transposition de la directive mais sa mise en œuvre était aléatoire.

La directive a offert à tous les justiciables de l'Union des moyens de défense de leurs droits de propriété intellectuelle similaire, ce qui constitue un pas très important pour porter l'émergence d'un Code européen de la propriété intellectuelle.

de propriété intellectuelle », *Prop. Indust.* 2014, Étude 2 ; L. Corvisier et A. Vichnievsky, « Action des douanes dans la lutte contre la contrefaçon, l'impact du nouveau règlement européen », *JCP E* 2013, p. 1596.

⁴⁷Règlement d'exécution n° 1352/2013, 4 déc. 2013, établissant les formulaires prévus par le règlement (UE) n° 608/2013 du Parlement européen et du Conseil concernant le contrôle, par les autorités douanières, du respect des droits de propriété intellectuelle, *JOUE* 18 déc. 2013, L 341/10, présentant en annexe les différents formulaires destinés aux procédures.

⁴⁸Y. Bizollon, « Exploiter les avancées de la loi sur la lutte contre la contrefaçon », *Approches stratégiques de la propriété industrielle*, LexisNexis, 2011, coll. IRPI, t. 38, p. 45.

⁴⁹Voir J.-C. Guerrini, « Les mesures d'interdiction provisoires en droit de la propriété industrielle », *CCE* 2011, prat. 4 ; J.-C. Galloux, « Quelques précisions relatives aux mesures provisoires en matière de contrefaçon », *Prop. Indust.* 2013, Étude 3 ; B. May et M. Liens, « Brevets pharmaceutiques : approche pratique du contentieux des mesures d'interdiction provisoire », *Prop. indust.* 2014, Étude 16.

Au chapitre des mesures répressives, l'influence de l'Union européenne est importante car elle se fait dans un cadre ouvert, non bridé par des traditions locales. L'enjeu est l'émergence d'un mécanisme de dommages et intérêts punitifs, fermement écarté en droit français. La directive n'impose pas un tel mécanisme, mais sa transposition a conduit à adapter notre droit interne et à ouvrir une brèche dans la solution traditionnelle. L'unité de l'évaluation des dommages et intérêts en cas de contrefaçon est acquise seulement depuis la transposition de la directive 2004/48 en 2007. Deux approches pour déterminer la réparation pécuniaire due par le contrefacteur sont intégrées dans le CPI. Soit la fixation des dommages et intérêts s'effectue en considération des conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, et des bénéfiques réalisés par le contrefacteur. Soit, et là se situe l'innovation majeure de la transposition de 2007 en la matière, le juge, à la demande de la partie lésée, peut allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances qui auraient été dues si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le bien intellectuel auquel il a porté atteinte. Avant l'instauration de cette alternative, il fallait rapporter nécessairement la preuve du préjudice subi pour pouvoir obtenir une réparation en cas de contrefaçon. Si le préjudice n'était pas prouvé, la contrefaçon se limitait au constat d'une atteinte à un bien. Selon les régimes de propriété, les marchés, et les formes de contrefaçon, la preuve du gain manqué ou de la perte subie était ardue, surtout si la partie lésée ne souhaitait pas s'étendre sur le contenu exact de son préjudice afin de conserver aussi secrètes que possible les marges générées par son activité commerciale. La victime de la contrefaçon se trouvait alors confrontée au rapport fondamental du droit entre preuve et existence : *idem est non esse aut non probari*. Cependant, la transposition en droit interne ne semble pas conforme à la directive de 2004 qui soumet, article 13 § 1, la réparation pécuniaire au caractère intentionnel de la contrefaçon. La requête d'une conformité du droit interne au droit de l'UE transposé⁵⁰ pourrait contraindre le juge à moduler les conditions d'attribution de réparation pécuniaire⁵¹.

B – LES PERSPECTIVES

Pour les perspectives, il est possible de reprendre la distinction entre le droit processuel et le droit substantiel.

1°) Les droits substantiels

Les titres européens de propriété intellectuelle sont une heureuse réalité : **marque européenne, obtention végétale européenne ainsi que dessins et modèles européens**. Liste

⁵⁰Cf. C. Zolynski, *Méthode de transposition des directives communautaires – Études à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 2007.

⁵¹Cf. C. Roda, *Les conséquences civiles de la contrefaçon des droits de propriété industrielle – Droits français, belge, luxembourgeois, allemand, anglais*, Litec, 2011, coll. CEIPI, t. 50, n° 187 et s. ; Y. Benhamou, *Dommmages-intérêts suite à la violation de droits de propriété intellectuelle*, Schulthess/Université de Genève 2013, coll. IP, vol. 5.

à laquelle on pourrait aussi ajouter les **indications géographiques de provenance**⁵². Toutefois, ce mouvement de construction d'un droit de propriété intellectuelle de l'Union européenne a un goût **d'inachevé. Les deux titres phares de la propriété intellectuelle, le droit d'auteur et le brevet, ne bénéficient toujours pas d'un régime unioniste.**

a) La quête d'un droit d'auteur de l'Union européenne

La communautarisation du droit d'auteur et des droits voisins se fait selon un schéma timide, peu ambitieux. Sans reprendre les éléments d'harmonisation qui existent, on constate que l'hypothèse d'un titre de propriété de l'Union européenne n'est pas même évoquée pour ce domaine. On préfère en rester au système actuel qui fait une place de choix au droit national, d'une part, et au droit international, d'autre part. La Convention de Berne ou la Convention de Rome répondent à l'essentiel des préoccupations des titulaires de droit d'auteur ; cela au prix d'une intégration limitée. La Cour de cassation suit d'ailleurs ce mouvement de rempli dans sa nouvelle interprétation de la Convention de Bern⁵³. La doctrine est partagée face à cette solution hégémonique porteuse d'une insécurité juridique importante pour les opérateurs étrangers. Un contrat, conforme à une loi locale étrangère, pourrait être remis en cause par l'application de la *lex loci protectionis*. La sécurité contractuelle, la prévisibilité du droit, s'en trouvent réduites. Cette tendance peut nourrir une vision caricaturale, à l'étranger, du droit d'auteur en France, isolant un peu plus notre droit d'auteur dans un monde en mouvement. Ce « *repli territorialiste* »⁵⁴ regrettable conduit à exclure toute règle de conflit de source nationale favorable à la loi d'origine. Le droit de la création et de l'échange, un droit influencé par les Lumières, s'enferme dans un schéma peu porteur d'avenir créatif. Il faut une ambition européenne pour le droit d'auteur et les droits voisins, ces titres de propriété sont au cœur de l'économie du savoir. En conservant une approche morcelée, on refuse de concourir à l'émergence d'un réel marché européen intégré et unifié de la nouvelle économie, instrument impératif pour parvenir à répondre aux nouveaux enjeux économiques mondiaux.

L'absence d'un marché pertinent intégré est la plus grande faiblesse de l'Europe à ce jour, et le droit doit être un vecteur majeur pour combler cette difficulté. Il ne faut plus se contenter d'une seule harmonisation par le droit de la concurrence, il faut une harmonisation des droits de propriété et probablement aussi des principes contractuels. Les droits d'auteur en Europe sont pourtant très proches, les principaux éléments du régime de propriété sont similaires dans les différents Etats (titre de propriété acquis dès la création, pas de dépôt, appropriation de la forme, concept d'originalité, durée de 70 ans, exception au droit de propriété, etc.). Un droit d'auteur de l'UE se distinguerait de la situation actuelle par l'accroissement de la confiance dans le titre de propriété. Les difficultés de mise en œuvre du droit d'auteur dans les différents États de l'Union seraient grandement écartées. La

⁵² G. Bonet, notes sous CEDH, 11 oct. 2005, *Anheuser-Busch Inc. : Propr. intell.* 2007, n° 22, p. 103 ; CJCE, 16 nov. 2004, aff. C-245/02 : *Propr. intell.* 2002, n° 15, p. 189 ; Cass. com., 18 févr. 2004 : *Propr. intell.* 2004, n° 13, p. 853.

⁵³ Cass. civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 11-12508, n° 12-12886, n° 12-14525, aff. *ABC News*, *Bull. civ.* I, n° 72 ; Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2013, n° 12-18032, aff. *Culture Press*, *Bull. civ.* I, n° 128.

⁵⁴E. Treppoz, « Le repli territorialiste de la Cour de cassation en droit d'auteur », *JCP E* 2013, 701.

solution issue de la Convention de Berne fait que le droit d'auteur naît dans l'État de création puis l'œuvre est reçue dans les États membres comme une œuvre nationale, sans gommer les disparités nationales. Surtout, cette assimilation peut être une source d'affaiblissement lorsque les États membres n'ont pas exactement le même périmètre pour cette propriété, tel le cumul droit d'auteur et dessins et modèles en Italie ou en Allemagne. Le titulaire d'un droit d'auteur de l'Union européenne serait titulaire d'un droit de propriété pour un seul territoire, celui de l'Union européenne : un seul régime de propriété à appliquer, sans difficultés d'acclimatation. La sécurité juridique y gagnerait tout comme la crédibilité de la matière. La cohérence du marché intérieur serait accrue et la confiance économique recherchée par l'économie du savoir en bénéficierait pleinement.

L'harmonisation a aussi montré ses limites, ce qui constitue un autre encouragement à l'instauration d'un titre communautaire. **La directive Droit d'auteur dans la société de l'information porte les faiblesses de cette démarche.** Grâce aux exceptions au droit de propriété multiples et à la carte, les États ont pu préserver, lors de la transposition, leurs coutumes locales et la circulation des œuvres n'est que peu facilitée⁵⁵. **L'objectif d'harmonisation n'est que trop partiellement atteint.** La Cour de justice s'engage dans une entreprise dangereuse de construction autonome d'un droit d'auteur. Par exemple, l'approche franco-française de la notion d'originalité doit laisser place au mouvement d'harmonisation du droit d'auteur engagé par la Cour. Selon la Directive relative aux programmes informatiques, il y a originalité lorsque le logiciel est « *la création intellectuelle propre à son auteur* ». Cette formule est reprise par les directives successives qui abordent le droit d'auteur sans jamais que l'une de ces directives ait pour objet d'harmoniser cette notion. Ainsi, une photographie de portrait est susceptible d'être appropriée par le droit d'auteur, si elle est une création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier et se manifestant par les choix libres et créatifs de celui-ci lors de la réalisation de cette photographie⁵⁶. L'originalité repose sur les choix arbitraires de l'auteur dans la création de la forme pour laquelle il revendique un droit d'auteur⁵⁷. À propos d'une base de données, pour l'application du droit d'auteur, la Cour⁵⁸ retient que le droit d'auteur s'exerce si le choix ou la disposition des données qu'elle contient constitue une expression originale de la liberté créatrice de son auteur.

Pour ce qui est des droits voisins, les observations générales émises pour le droit d'auteur peuvent être transposées *mutatis mutandis*. Il faut une ambition forte, et pas uniquement politique. Le travail des spécialistes du droit de la propriété littéraire et artistique, en premier lieu des universitaires, devrait permettre de dégager un consensus sur un droit de la propriété littéraire et artistique de l'Union européenne pour ensuite de porter dans un mouvement commun ces solutions vers les autorités politiques⁵⁹. Au-delà de la question des

⁵⁵ V. C. Zolinski, *Méthode de transposition des directives communautaires*, Dalloz, 2007, n° 305 sq.

⁵⁶ CJUE, 1^{er} déc. 2011, aff. C-145/10, *Panier/Axel Springer*, préc.

⁵⁷ Voir CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-5/08, *Infopaq*, préc.

⁵⁸ CJUE, 1^{er} mars 2012, aff. C-604/10, *Football Dataco Ltd Vs. Yahoo ! UK Ltd*, préc., Cass. civ. 1^{re}, 13 mai 2014, n° 12-27691 et 13-14834.

⁵⁹ V. J. Lapousterle, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes*, Dalloz, 2009, p. 355 sq.

exceptions, ce travail devrait être à même de dégager les racines communes et les tensions identiques qui animent la matière sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne. Il n'y a pas d'incompatibilité insurmontable entre les régimes de propriété littéraire et artistique des États membres ; il y a au pire quelques réticences dogmatiques à surmonter et naturellement quelques évolutions pour chacun à accepter. Cette démarche assurerait une meilleure connaissance des pratiques judiciaires des autres pays ; le droit de la propriété littéraire et artistique de l'Union européenne deviendrait un système de référence, à même d'imposer ses valeurs et ses techniques dans le cadre de négociations internationales.

b) L'échec du brevet de l'Union européenne

À la différence du droit d'auteur, l'ambition d'un droit des brevets de l'Union européenne fut envisagée dès la Convention de Luxembourg de décembre 1975⁶⁰ et trouve même place dans le Code de la propriété intellectuelle aux articles L. 614-25 et suivants. L'échec de l'ambition, aujourd'hui constaté, s'explique par l'omnipotence de l'Office européen des brevets et, l'incapacité des États de l'Union européenne à percevoir les enjeux stratégiques de ce droit de propriété. Les petites querelles administratives et les conflits d'intérêts des offices de propriété industriels nationaux représentant les États lors des négociations ont eu raison du brevet de l'Union européenne.

La Convention de Munich repose sur une collaboration régionale. Elle est une réussite, un modèle du genre probablement au-delà même de la propriété intellectuelle, la preuve que des mécanismes du droit international permettent une action coordonnée de plusieurs États. Toutefois, la réussite d'un outil du droit international ne peut pas compenser l'échec de l'instauration d'un titre européen de propriété.

La création d'un brevet de l'Union européenne aurait assuré, à l'image de ce que l'on évoque pour la propriété littéraire et artistique, une cohérence entre le droit de propriété et le marché d'exploitation de l'innovation. Une Europe à la propriété morcelée ne permet pas l'émergence d'entreprises fortes, intégrées dans l'économie du savoir. Il faut une propriété parallèle au marché, à défaut de quoi, l'investisseur ne suit pas le projet. Ainsi, l'innovation en Europe est encore pensée dans une approche nationale. L'entreprise est française, elle demandera, en premier lieu, un brevet français et cherchera un investisseur français. Cette base est trop faible pour porter le risque naturel de l'innovation. La démarche est la même dans chacun des pays européens. Pendant ce temps, la même innovation, portée au Japon, aurait avec un titre unique un bassin d'exploitation bien plus large et donc un intérêt accru pour l'investisseur. Il en va de même en Inde, au Brésil, en Chine et naturellement aux États-Unis. L'absence d'une taille critique pour le marché domestique de lancement de l'innovation pénalise fortement l'économie de l'Union européenne. Le droit des brevets aurait dû être un outil pour permettre de forger ce marché domestique unifié, contribuer à accroître les ressources financières des entreprises, et renforcer la place de l'Union européenne dans l'économie du savoir. La Commission a pourtant soutenu activement la construction d'un brevet européen. Elle a mis à plusieurs reprises en évidence le besoin d'un tel titre de propriété. La crédibilité européenne passe par l'adoption d'un brevet de l'Union

⁶⁰ Convention relative au brevet européen pour le Marché commun, 15 déc. 1975 : *JOCE* 26 janv. 1976, ratifiée par la loi n° 77-681 du 30 juin 1977 : *JO* 1^{er} juill. 1977 ; Accord en matière de brevets du 15 déc. 1989 modifiant la Convention de 1975 : *JOCE* 30 déc. 1989, L. 401.

européenne, titre de propriété unique pouvant être contesté devant une juridiction de l'Union européenne. La délégation par l'Union européenne du droit des brevets à des organismes de droit international, l'OEB et la Juridiction unifiée des brevets, marque un recul fort dans sa construction et l'abandon d'un élément essentiel de l'économie du savoir, axe de développement fondamental de l'Union depuis le sommet de Lisbonne en 2000.

La solution aujourd'hui est toute autre. Dans le cadre d'une coopération renforcée, réunissant une partie des Etats de l'Union européenne, deux outils ont été élaborés. Les deux règlements adoptés en décembre 2012⁶¹ cherchent à établir le régime d'un brevet européen à effet unitaire et encadrer le régime linguistique de ce titre de propriété⁶². Les États, en tant que membres de la Convention de Munich, utilisent une option de la Convention de Munich pour créer un titre de propriété national, opposable sur le territoire d'autres Etats. Ce titre de propriété n'est pas attaché à un régime juridique unitaire, ce qui le distingue nettement des titres de propriété de l'Union⁶³. À ces deux règlements s'ajoute un accord international relatif à une juridiction unifiée des brevets, signé par 25 des 28 États de l'Union, établissant une Cour unifiée des brevets (« Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet » ou JUB) ayant compétence exclusive pour les contentieux de l'annulation et de la contrefaçon des brevets européens et des brevets européens à effet unitaire (BU). Cet accord établit un cadre pour le contentieux mais aussi des éléments de droit substantiel⁶⁴. Il sera nécessaire d'articuler ces éléments avec le régime de renvoi du BU et certainement le droit international privé, notamment les dispositions de Bruxelles I, Rome I et Rome II⁶⁵. Il ne semble pas évident que cette solution simplifie la vie des propriétaires de brevets. Elle risque de supprimer au stade du contentieux les gains de procédure, de traductions et d'annuités promises par la procédure de délivrance du BU⁶⁶.

On constate qu'en droit d'auteur, comme en droit des brevets, les blocages pour l'émergence d'une propriété européenne reposent, non pas sur les conditions de fond ou de forme tenant à l'acquisition du titre de propriété, mais sur des éléments connexes, nécessaires mais simplement complémentaires.

c) L'harmonisation insuffisante du statut des créateurs salariés

L'un des piliers de l'Union européenne est la libre circulation des travailleurs sur son territoire. Cette approche est inachevée pour l'économie du savoir, les travailleurs certes

⁶¹Règlements n° 1257/2012 et n° 1260/2012 du 17 déc. 2012, *JOUE* 31 déc. 2012, L. 361, p. 1.

⁶²Voir J.-C. Galloux, *RTD com.* 2013. 243 ; même auteur, « Le brevet européen à effet unitaire : un *volapük* juridique intégré ? », *D.* 2013. 520.

⁶³Voir N. Binctin, « Le projet de brevet européen à effet unitaire : en attendant un brevet de l'Union ? », *Prop. Intell.* n° 40, juill. 2011, p. 270 ; E. Treppoz, « Le brevet unitaire est-il enfin pour demain ? », *RTD eur.* 2011.864.

⁶⁴V. N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., n° 555 et sq.

⁶⁵B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, 7^e éd., Economica, 2013, n° 852 et s. ; L. d'Avout, « Droit du commerce international », *D.* 2011, Panorama 2434.

⁶⁶Pour une étude d'ensemble du BU et de la JUB, N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., n° 554 et sq. et n° 1324 et sq.

circulent, mais, aujourd'hui, travaillent aussi ensemble dans un rapport transnational quotidien.

Si chacun est libre de créer dans le pays de l'Union qu'il souhaite, le salariat a une influence importante sur la relation entre les auteurs et le bien intellectuel. Il faut entendre le terme « auteur » au sens de toute personne créant un bien intellectuel, sens repris en droit français par l'article L. 611-7 CPI qui évoque l'« auteur de l'invention ». L'acte créatif est le liant, l'élément d'unité des propriétés intellectuelles. L'hétérogénéité du statut du créateur, en droit interne mais aussi entre chacun des pays de l'Union européenne pour chacun des régimes de propriété intellectuelle⁶⁷, est un frein à la circulation des auteurs-salariés, et à l'implantation des entreprises créatives dans l'Union. C'est aussi un frein au développement de solutions de travail collaboratives créatives transnationales au sein de l'Union européenne. Le droit de l'Union devrait proposer une approche unifiée de la question pour améliorer la situation des créateurs, faciliter les échanges et le recours à de nouveaux modes de création. Par exemple, une société française dispose d'équipes de recherche et développement dans trois pays de l'Union. Des équipes travaillent chaque jour ensemble dans le cadre de contrats de travail de droit local, mêlant les compétences techniques et artistiques pour proposer de nouveaux produits, les créations se faisant au moyen d'un plateau virtuel de travail. Peuvent être créés avec une telle organisation aussi bien des logiciels que des jeux vidéo, des publicités, des pièces techniques pour des avions ou des automobiles, des sites Internet, des collections de vêtement, etc. Où est faite la création ? Qui est propriétaire des biens intellectuels développés par les salariés ? Quel régime juridique appliquer à chaque salarié ? Est-ce acceptable qu'il y ait un traitement différent pour des salariés de l'Union européenne, travaillant dans l'Union européenne, pour une société localisée sur le même territoire, alors qu'ils ont contribué à une seule et même création ? Il n'est plus un projet ambitieux qui ne s'inscrit pas dans un schéma européen ; la politique active de soutien à la création de l'Union européenne, notamment au travers des programmes européens de recherche et de développement, vont dans ce sens. La question intéresse autant les créateurs salariés du secteur privé que les agents relevant du droit public. Le droit international privé apporte des solutions pour une approche au cas par cas : Rome I donne compétence à la loi du contrat de travail ; Bruxelles I apporte des précisions tant sur la question du régime du contrat de travail sur le régime de propriété intellectuelle applicable. Toutefois, ces solutions ne sont pas d'une lecture des plus directes et n'apportent pas un traitement harmonisé des salariés créateurs.

Il faut une vraie ambition européenne pour parvenir à dépasser les différences actuelles, et le progrès qui en résulterait serait indéniable. Probablement cette démarche ne peut s'opérer qu'en deux temps : dans un premier temps, une harmonisation communautaire par régime de propriété (démarche initiée dans le cadre du droit international par la Convention de Munich dont l'article 60 dispose que « si l'inventeur est un employé, le droit au brevet européen se définit selon le droit de l'État sur le territoire duquel l'employé exerce son activité principale ; si l'État sur le territoire duquel s'exerce l'activité principale ne peut être déterminé, le droit applicable est celui de l'État sur le territoire duquel se trouve l'établissement de l'employeur auquel l'employé est attaché ») et, dans un second temps,

⁶⁷ V. La rémunération des inventeurs salariés : *Les documents de travail du Sénat – Série Législation comparée*, juill. 2009, n° LC 199.

une harmonisation du régime du créateur salarié quels que soient le ou les régimes de propriété intellectuelle appliqués au bien intellectuel en cause. Une tentative a été faite avec l'article 14 du règlement mettant en place le dessin et modèle de l'Union européenne. Cet article organise une solution *ad hoc*, la tempère par la liberté contractuelle des parties mais intègre un renvoi à la solution nationale. Cette dernière réserve brise l'essentiel de la démarche engagée.

L'harmonisation du statut du créateur salarié contribuerait à renforcer les échanges entre pays, à européaniser les équipes de création et, finalement, à accroître la créativité et la compétitivité de l'Union européenne

2°) Les droits processuels

Le développement d'une propriété intellectuelle de l'Union européenne devrait être l'occasion de dépasser l'organisation actuelle pour permettre **l'émergence d'un réseau européen de tribunaux de la propriété intellectuelle**, juridictions compétentes pour entendre de l'ensemble du contentieux relevant de la propriété intellectuelle, sans distinguer selon les titres de propriété. Il serait possible de baser ce circuit européen pour partie sur des juridictions nationales statuant comme juges européens, à l'image de ce qui existe en droit des dessins et modèles ou des marques, proposer un appel régional et une procédure de cassation unifiée sous l'égide de la Cour de justice de l'Union européenne. Réduction du *forum-shopping*, fin des solutions aléatoires d'un État à un autre telles que celle croisées dans les affaires *Babyliss* ou *Actavis*⁶⁸, et cohérence renforcée de la matière sur le territoire de l'Union européenne seraient le fruit d'une telle organisation. Il est certain que l'instauration d'un circuit fédéral de juridictions aux États-Unis pour le contentieux de la propriété intellectuelle a fortement concouru au renforcement de la matière dans ce pays.

Si l'apport pour l'évaluation des dommages et intérêts est notable, l'influence européenne a échoué dans la mise en place d'une harmonisation d'un mécanisme répressif pénal. La Commission était convaincue de la nécessité de poursuivre l'harmonisation des mécanismes répressifs pour accompagner la propriété intellectuelle. Avançant que cette harmonisation est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur européen, le Parlement européen avait adopté une Résolution le 25 avril 2007 sur la proposition d'une directive relative aux mesures pénales visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle. Cette résolution faisait suite à une précédente prise de position du 7 septembre 2006 sur la contrefaçon de médicaments, dans laquelle il était affirmé que l'UE devait de toute urgence se donner les moyens pour mener à bien son combat contre les pratiques illicites dans le domaine de la piraterie et de la contrefaçon des médicaments. Ce projet de directive établit les mesures pénales nécessaires pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle dans le cadre de la contrefaçon et du piratage, mais tout cela à l'exclusion des brevets. Cette exclusion, particulièrement regrettable et en contradiction avec la résolution de 2006, marque la réticence de la Grande-Bretagne à se doter d'un outil pénal pour la sanction des atteintes aux biens intellectuels. Le projet prévoit, en son article 2, que les États membres veillent à qualifier d'infraction pénale toute atteinte

⁶⁸ Dans ces affaires, sur la base d'un même brevet issu de l'OEB, différentes décisions furent rendues par des juridictions nationales au sein de l'Union européenne, certaines annulant le brevet, d'autres le validant mais excluant la contrefaçon et enfin, une troisième catégorie validant le titre de propriété et constatant la contrefaçon.

intentionnelle à un droit de propriété intellectuelle commise à une échelle commerciale, la complicité d'une telle atteinte et l'incitation à la commettre. Elle retient que la « *violation commise à l'échelle commerciale* » est caractérisée par toute violation d'un droit de propriété intellectuelle commise dans le but d'obtenir un avantage commercial. Elle définit la « *violation intentionnelle d'un droit de propriété intellectuelle* » comme toute violation délibérée, en toute connaissance de cause, de ce droit, commise dans le but d'en tirer un profit économique à l'échelle commerciale. Il vise les personnes physiques comme les personnes morales et propose des sanctions en nature et des sanctions pécuniaires pénales dont elle fixe des seuils maximums. Il propose la création d'équipes communes d'enquête auxquelles les titulaires de droits pourraient apporter leur concours. Depuis 2008, le texte est enlisé, et il est acquis aujourd'hui qu'il ne connaîtra pas de consécration à moyen terme. La réticence, théorique comme pratique, à solliciter le droit pénal en présence d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle est regrettable. Si l'action pénale n'est certainement pas à utiliser pour sanctionner toutes les contrefaçons, elles semblent indiquées dès lors que la contrefaçon poursuivie est motivée par des ambitions criminelles, hors de tout fonctionnement du marché et de logique de concurrence.

Enfin, l'influence touche aussi les mesures d'exécution, permettant le renforcement d'un mécanisme de voies d'exécution européen. Pour la mise en œuvre des mesures tendant à faire cesser une atteinte à un droit de propriété de l'Union, la CJUE, dans un arrêt majeur⁶⁹, a retenu une approche courageuse. Chaque titre de propriété de l'Union européenne (marque, dessin et modèle ou COV à ce jour) impose, en cas de contrefaçon, que la portée de l'interdiction de poursuivre des actes de contrefaçon ou de menace de contrefaçon, prononcée par un tribunal européen compétent, s'étende à l'ensemble du territoire de l'Union européenne. Ainsi, une « *mesure coercitive, telle une astreinte, ordonnée par un tribunal communautaire en application de son droit national en vue de garantir le respect d'une interdiction de poursuivre des actes de contrefaçon ou de menace de contrefaçon qu'il a prononcée, produit effet dans les États membres autres que celui dont relève ce tribunal, auxquels s'étend la portée territoriale d'une telle interdiction. Lorsque le droit national de l'un de ces autres États membres ne contient aucune mesure coercitive analogue à celle prononcée par ledit tribunal, l'objectif auquel tend cette dernière devra être poursuivi par le tribunal compétent de cet État membre en recourant aux dispositions pertinentes du droit interne de ce dernier de nature à garantir de manière équivalente le respect de ladite interdiction* ». Cette décision tire toutes les conséquences d'un droit de propriété supranational sur le terrain de la protection de la propriété, de la sanction des atteintes qui lui sont portées et de l'exécution des mesures de justice tendant à protéger cette propriété. La Cour de cassation⁷⁰, après cet arrêt de la CJUE répondant à sa question préjudicielle, a rendu son arrêt un arrêt de cassation dans les termes suivants : « *pour limiter la demande d'interdiction d'usage, sous astreinte, de la marque communautaire Webshipping au seul territoire français, la cour d'appel retient que le prononcé d'une mesure d'interdiction sous astreinte, à l'échelle communautaire, suppose que le tribunal des marques communautaires ait communication des lois nationales prévoyant une mesure comparable et que l'existence d'un risque de confusion entre les signes en présence n'a été appréciée qu'au regard de la perception que pouvaient en avoir les consommateurs français ou parlant français* ». « *En se*

⁶⁹CJUE, 12 avr. 2011, aff. C-235/09, *DHL Express France*, Pour une mise en application, Cass. com., 29 nov. 2011, *Bull. civ. IV*, n° 197.

⁷⁰Cass. com., 29 nov. 2011, *Bull. civ. IV*, n° 197 ; *D.* 2011, 2995.

déterminant ainsi, par des motifs desquels il ne résulte pas que l'existence d'un risque de confusion était limitée au seul territoire français, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

La construction d'un droit européen de la propriété intellectuelle doit se poursuivre avec ambition et dynamisme afin de conserver un droit modèle pouvant inspirer l'ensemble des Etats pour encadrer les relations juridiques dans l'économie du savoir.

XI. DROIT SOCIAL

Par Sophie ROBIN-OLIVIER, Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris I Panthéon-Sorbonne)

Bases juridiques :

- Article 114 TFUE (harmonisation nécessaire au fonctionnement du marché)
- Article 153 (politique sociale)
- Article 157 (égalité entre hommes et femmes en matière de travail et d'emploi)
- Art. 18 TFUE (non-discrimination à raison de la nationalité)
- Art. 19 TFUE (non-discrimination sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle)
- Art. 79 TFUE (droits des ressortissants de pays tiers)

On parle souvent des **difficultés (voire du déclin) de « l'Europe sociale »**. Les quelques lignes qui suivent ont vocation à donner une idée du domaine de l'acquis et de ses limites. S'y ajoutent quelques propositions pour structurer, autour de quelques grands axes, un modèle social européen qui ne serait pas seulement la réplique, à l'échelle européenne, des droits sociaux nationaux.

A – L'ACQUIS

Le domaine du droit social européen est généralement abordé à partir des catégories nationales. Selon cette approche et spécialement pour les juristes français, **le droit social couvre, en gros, ce qui relève des rapports de travail et de la protection sociale.**

Portée à l'échelle européenne, cette manière de cerner les questions sociales n'est pas tout à fait pertinente. Elle néglige, en particulier, certains domaines nouveaux, créés de toutes pièces par le droit de l'Union (la libre circulation des travailleurs et la coordination des systèmes de sécurité sociale qui l'accompagne, l'institution d'une représentation des travailleurs pour entreprises transnationales, par exemple).

1°) Les domaines du droit social de l'Union

Si l'on s'en tient à cette première manière d'identifier le périmètre du droit social européen, avec quelques adaptations, à la marge, par rapport à l'approche nationale, il s'avère qu'entre aujourd'hui dans son champ :

- la lutte contre les **discriminations**
- la question des **restructurations** (transferts d'entreprises, information et consultation des travailleurs dans les licenciements collectifs, garantie des salaires en cas d'insolvabilité de l'employeur)
- la protection de la **santé et de la sécurité des travailleurs** (incluant l'aménagement du temps de travail)
- **l'information et la consultation des travailleurs**
- la **protection des salariés précaires** (temps partiel, CDD, travail temporaire)
- la **libre circulation** des travailleurs
- les **droits des salariés détachés** dans le cadre des prestations de services

2°) Les domaines non harmonisés

Demeurent **exclus** du champ du droit social européen :

- le droit de **grève**, la **liberté d'association** et la question essentielle des **rémunérations** (expressément placés par le TFUE en dehors du domaine de compétence de l'Union)
- le droit du **licenciement**
- la **représentation des travailleurs** (à l'exception du comité d'entreprise européen dans les entreprises « de dimension européenne »)
- le droit de la **sécurité sociale** (en dehors de la coordination des régimes au profit des travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de l'UE)

En l'état, y compris dans les domaines dans lesquels la législation sociale s'est développée, il ne s'agit, le plus souvent que d'harmonisation minimale : **les niveaux de protection restent donc très différents, d'un Etat à l'autre.**

En outre, l'exclusion de la protection sociale et des rémunérations expliquent les tensions liées à la concurrence fondée sur l'exploitation des coûts du travail (« **dumping social** »), notamment dans le cadre du **détachement** des travailleurs.

B – LES PERSPECTIVES

L'approche classique du droit social de l'Union nous paraît devoir être complétée par l'identification de quelques **grands axes pouvant former le cœur d'un modèle de droit social conçu pour un espace de libre circulation.**

Il s'agit simplement d'admettre que le droit social européen est d'abord et spécifiquement le **droit social d'un espace sans frontières**, composé d'Etats nations ayant vocation à conserver une identité propre. A l'échelle de l'Union, ce sont donc les **questions propres à l'existence d'un espace de libre circulation qui importent particulièrement.** Cela ne veut pas dire que l'harmonisation n'est pas nécessaire, dans un espace de libre échange et de libre concurrence. Mais le modèle européen devrait être davantage centré sur ce que les Etats ne peuvent réaliser seuls ou, du moins, pas aussi efficacement. Cette **subsidiarité** ne suggère pas un repli de l'Europe sociale mais, au contraire, son redéploiement, dans les domaines que l'on peut considérer comme les piliers d'un modèle social européen.

1°) La reconnaissance de la dimension sociale du droit de l'immigration

Les développements du droit de l'Union ont assez bien montré que la libre circulation des personnes ne pouvait pas être seulement inscrite dans la logique du marché.

La libre circulation des travailleurs, en particulier, repose sur l'idée **d'intégration sociale des travailleurs migrants dans l'Etat d'accueil.** Cet objectif d'intégration s'est traduit, en particulier :

- par une **prohibition des discriminations fondées sur la nationalité** dont la portée n'a cessé de s'étendre et dont la conception n'est pas restée limitée à l'exigence d'un traitement national des migrants
- par un **contrôle étroit des possibilités de limiter ou de remettre en cause le droit au séjour** pour des motifs d'ordre public
- par une **conception extensive du droit au respect de la vie familiale**, impliquant un droit au maintien de la famille sur le territoire de l'Union.

Cette **dimension sociale des migrations**, bien visible et solidement arrimée à la libre circulation des personnes, ne vaut guère, cependant, que pour les ressortissants des Etats membres, aujourd'hui citoyens de l'Union. Et encore, les dernières évolutions de la jurisprudence de la Cour de justice, sous l'effet des demandes pressantes de certains Etats mettent cet acquis en danger.

Pourtant, la **mobilité des personnes à l'intérieur de l'Union est une dimension essentielle** de la politique sociale de l'Union.

2°) La constitutionnalisation des droits sociaux

La **constitutionnalisation des droits sociaux**, dans l'Union européenne, n'a pas tout à fait les mêmes fins que l'instauration d'une protection universelle, ou même européenne, dans le cadre du Conseil de l'Europe, des droits sociaux fondamentaux.

Garantir une protection des droits sociaux fondamentaux à l'échelle de l'Union s'inscrit aussi dans la **construction d'un espace de mobilité, dans lequel le passage des frontières ne doit ni entraîner la perte de droits sociaux jugés fondamentaux, pour les travailleurs, ni permettre aux entreprises d'échapper au respect de ces droits.**

Cette constitutionnalisation des droits sociaux rencontre pourtant de **sérieux obstacles**. Le premier et le plus important tient à la limite des compétences de l'Union européenne : la protection des droits sociaux fondamentaux, fut-elle, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, étendue à une série non négligeable de droits et principes sociaux, suppose toujours que la situation concernée entre dans les limites des compétences reconnues à l'Union. La charte des droits fondamentaux n'a pas permis l'extension de ces compétences et la jurisprudence de la Cour de justice ne s'autorise aucune interprétation extensive, à cet égard. **La résistance de certains Etats membres à la reconnaissance et à la protection de ces droits par les institutions européennes**, et notamment par la Cour de Justice, n'est pas de nature, il est vrai, à faciliter le mouvement de constitutionnalisation des droits sociaux.

3°) L'établissement et/ou le renforcement des contrepoids aux libertés économiques

Le droit européen a montré sa capacité à inventer ou à soutenir des instruments de régulation des activités économiques, permettant la prise en compte des intérêts des travailleurs : **comités d'entreprises européens, accords collectifs transnationaux, code de conduites...**

La **coordination des actions collectives par-delà les frontières** devrait aussi constituer un **terrain de développement du droit de l'Union**, parallèlement au développement transfrontalier des activités des entreprises, et **non** être conçue comme **un obstacle aux échanges**.

XII. DROIT FISCAL

Par Franck LE MENTEC, Avocat associé, Cohen&Gresser LLP

Le rapprochement des fiscalités des pays membres de l'Union européenne est une question ayant acquis une importance significative dans les débats publics et la vie des affaires, particulièrement avec la mise en place de l'euro, l'achèvement du marché intérieur, et les derniers élargissements de l'Union. Depuis la crise survenue en 2008, cependant, les préoccupations des administrations se sont principalement concentrées sur la lutte contre l'évasion et la fraude fiscales, qu'il s'agisse de TVA ou de fiscalité des entreprises.

Les instances européennes ont privilégié le rapprochement des législations fiscales dans le domaine des taxes sur le chiffre d'affaires, des droits d'accises et des autres impôts indirects. En revanche, compte tenu des limites posées par le traité CE puis le traité FUE, l'harmonisation des impôts directs apparaît à ce jour limitée et essentiellement consacrée à l'élimination des doubles impositions.

Cela s'est traduit par l'adoption de directives en 1990, puis leur approfondissement en 2003 et 2005 ; une relance a pu ensuite être constatée en 2011 avec le dépôt par la Commission européenne d'une proposition de directive sur l'assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS), sur laquelle les travaux sont encore en cours, et la remise à l'ordre du jour des modifications de la directive en matière d'intérêts et de redevances.

L'importance de la jurisprudence de la Cour de justice doit enfin être soulignée en matière fiscale.

A – L'ACQUIS

1°) Harmonisation en matière d'impôts indirects

Le TFUE contient un article essentiel concernant l'harmonisation des impôts indirects (A), l'article 113 (ex-article 93 du traité FUE). Cet article est le fondement de l'harmonisation européenne en matière de TVA. Il n'a pas son pendant en matière d'impôts directs, **l'harmonisation des impôts directs n'étant pas expressément prévue par le TFUE.**

L'article 114 prévoit par ailleurs que « *le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.* »

La fiscalité, exclue du champ de l'article 114 du TFUE, entre en revanche dans celui de l'article 115, qui dispose que « *sans préjudice de l'article 114, le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social, arrête des directives pour le*

rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur. »

Cette disposition sert de base à une harmonisation en matière d'impôts directs (B), étant observé qu'il n'y a pas, pour la fiscalité directe, l'équivalent de l'article 113 pour la fiscalité indirecte. **L'unanimité, bien que contestée, reste la règle en matière fiscale.**

a) Harmonisation des taxes sur le chiffre d'affaires

L'harmonisation en matière de taxe sur le chiffre d'affaires est l'œuvre la plus importante de l'Union européenne dans le domaine fiscal. Il s'agissait de créer un système assurant la neutralité économique des taxes sur le chiffre d'affaires et d'établir une compensation aux frontières sur des bases exactes et non pas à partir de calculs forfaitaires.

Il était prévu que, dans un régime définitif à mettre en place ultérieurement, les structures et les taux seraient harmonisés et les compensations aux frontières supprimées. Le marché commun deviendrait alors effectivement un **espace fiscal unifié en matière d'impôts indirects.**

A ce jour, **cet objectif final n'est pas atteint.** Des progrès ont été réalisés par la directive du 16 décembre 1991 qui a supprimé les formalités douanières pour les transactions à l'intérieur de l'Union européenne et institué un système dit « transitoire » (mais qui est aujourd'hui définitif) à compter du 1^{er} janvier 1993 (retranscrit en droit français par une loi du 17 juillet 1992).

La 6^e directive TVA (aujourd'hui remplacée par la directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006) constitue d'ailleurs un exemple topique d'harmonisation fiscale européenne en ce qu'elle contient un ensemble de règles d'assiette, faisant de la TVA un impôt européen (sauf, en ce qui concerne les taux).

Une directive a enfin été adoptée en 2008 en ce qui concerne les règles de territorialité applicables aux prestations de services (directive 2008/8/CE du 12 février 2008 ; JOUE L 44 du 20 février 2008). Cette directive a substantiellement modifié, depuis le 1^{er} janvier 2010, le lieu de taxation des prestations de services.

b) Harmonisation des impôts sur les rassemblements de capitaux

- Fondements : les travaux européens ont abouti à l'adoption d'une directive relative aux impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux (directive n°69/335/CEE du 17 juillet 1969, aujourd'hui abrogée). Cette directive a été successivement modifiée en 1973 (directive du 9 avril 1973, en 1974 (directive du 7 novembre 1974) et en 1985 (directive du 10 juin 1985). Elle concerne pour l'essentiel les **droits d'apport aux sociétés de capitaux et les droits de timbre sur les titres représentatifs des capitaux, actions et obligations.** La directive 2008/7/CE du 12 février 2008 est une directive « de refonte », en ce qu'elle a modifié la structure de la directive précédente.

- Objectifs : le but de cette directive est de **supprimer le droit d'apport**.

2°) Harmonisation en matière d'impôts directs

a) Les avancées en matière d'impôts directs

Contrairement aux évolutions constatées en matière de TVA, **aucun progrès n'avait été effectué dans la construction européenne en ce qui concerne la fiscalité directe pendant plus de vingt ans**. Des avancées décisives ont été réalisées en 1990, par l'adoption d'une directive relative aux dividendes intra-européens, d'une autre directive relative aux fusions et opérations assimilées, ainsi que d'une convention destinée à régler les questions de prix de transfert entre entreprises associées au moyen d'une procédure arbitrale.

La question de l'harmonisation a ensuite été posée dans le cadre des travaux du comité Ruding (rapport du 18 mars 1992).

La Commission européenne s'est aussi concentrée sur les questions liées à l'approfondissement des directives de 1990 et à l'adoption du « paquet fiscal » de 1997, qui a finalement été approuvé le 3 juin 2003. De nouvelles directives ont ainsi vu le jour en matière de fiscalité de l'épargne et de redevances entre entreprises européennes associées. La Commission a maintenu par ailleurs ses objectifs de **promouvoir un système d'imposition des sociétés sur une base consolidée**. Elle concentre néanmoins ses efforts aujourd'hui, sous la pression des Etats membres, sur les **mesures destinées à lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale internationale et le respect du Code de conduite et de la réglementation relative aux aides d'Etat**.

b) Régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents

- Fondements : le texte applicable depuis le 18 janvier 2012 est la directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents (JOUE L 345/8 du 29 décembre 2011).
- Objectifs : la directive prévoit une **exonération de retenue à la source sur les dividendes distribués et l'élimination de la double imposition économique des dividendes reçus**, dans le cadre de l'Union européenne et dans le respect de certaines conditions.

c) Régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions et apports d'actifs

- Fondements : la directive du 23 juillet 1990 (Directive 90/434/CEE, JOCE L 225 du 20 août 1990) a défini un régime commun applicable aux Etats membres, fondé sur les principes directeurs suivants :
 - éviter que le coût fiscal constitue un obstacle à la réalisation des fusions, scissions et apports d'actifs entre sociétés d'Etats différents ;
 - ne pas léser les intérêts de l'Etat de la société apporteuse en sauvegardant ses droits pour l'avenir.
- Objectifs : **la directive prévoit qu'une fusion, scission, ou scission partielle n'entraîne aucune imposition des plus-values latente** (principe de neutralité fiscale).

d) Exonérations relatives aux intérêts et redevances intragroupe

- Fondements : la directive 2003/49/CE a été adoptée par le Conseil le 3 juin 2003 dans le cadre de l'accord politique du 21 janvier 2003 sur le « paquet fiscal ».
- Objectifs : cette directive vise à établir un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'Etats membres différents, afin d'éliminer toute imposition à la source et de supprimer tout risque de double imposition.

e) Procédure arbitrale

En 1976, la Commission européenne a présenté au Conseil une proposition de directive concernant l'élimination des doubles impositions dans le cas de correction de bénéfices entre entreprises associées, baptisée procédure arbitrale (JOCE n° C 301 du 21 décembre 1976). Cette proposition s'est transformée en convention multilatérale (établie sur la base de l'article 220, devenu article 293, du traité CE puis supprimé par le traité de Lisbonne), adoptée le 23 juillet 1990. Les conditions de mise en œuvre de la convention multilatérale font l'objet de réflexions continues, traduites notamment par l'adoption d'un Code de conduite, le 7 décembre 2004, et par diverses recommandations issues des travaux du Forum européen sur les prix de transfert (Joint Transfer Pricing Forum).

f) Respect des règles relatives aux aides d'Etat

Sauf dérogations, sont incompatibles avec le marché intérieur, car elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions (Article 107 du traité FUE, ex-article 87 du traité CE). Dans le domaine fiscal, il en va ainsi notamment des mesures de réduction de l'assiette imposable ou de réduction ou d'exonération du montant

de l'impôt ou encore d'annulation de dettes fiscales. **L'incompatibilité des aides d'Etat vaut pour les mesures nationales « sous quelque forme que ce soit »**. L'action de la Commission européenne se poursuit aujourd'hui de manière très offensive (V. dernier exemple, pour les rulings belges).

3°) Impact des libertés fondamentales

Les grandes libertés prévues par le Traité FUE - liberté d'établissement, libre circulation des personnes, liberté de prestation de services et liberté de circulation des capitaux - sont applicables en matière fiscale. **La jurisprudence européenne a conduit les Etats membres à adapter de manière significative leur législation fiscale** en ce qui concerne les opérations transfrontalières à l'intérieur du territoire européen ainsi qu'à l'extérieur de celui-ci lorsqu'est en cause la libre circulation des capitaux.

4°) Lutte contre la fraude

Le Conseil a adopté, le 7 octobre 2010, un règlement visant à permettre aux Etats membres d'intensifier leurs efforts en ce domaine. Il s'agit d'une refonte du règlement n° 1798/2003 relatif à la coopération administrative dans le domaine de la TVA, destiné à rendre plus efficace la coopération entre les administrations fiscales.

Ce règlement a créé un réseau baptisé Eurofisc. Il s'agit d'un réseau de fonctionnaires nationaux chargé de déceler et de combattre les nouveaux cas de fraude transfrontalière à la TVA.

En outre, la directive 2013/42/UE du Conseil du 22 juillet 2013, modifiant la directive, 2006/112/CE relative au système commun de TVA, a créé un mécanisme de réaction rapide (MRR) contre la fraude à la TVA (JOUE L 201 du 26 juillet 2013).

B - LES PERSPECTIVES

1°) Suppression des frontières fiscales

L'orientation de principe de la Commission européenne fut longtemps orientée vers la **suppression des frontières fiscales**, qui figurait dans une proposition de directive du Conseil complétant le système commun de TVA (JOCE n° 252 du 22 septembre 1988). Les propositions initiales n'ont toutefois pas recueilli l'unanimité. Elles furent successivement amendées, au cours de ces dernières années. Le système initialement présenté comme « transitoire » s'est, depuis lors, installé dans la durée.

2°) Harmonisation des taux de TVA

La directive 2010/88/UE du Conseil du 7 décembre 2010 (JOUE L 326 du 10 p. 1) prévoit qu'à partir du 1^{er} janvier 2011 et jusqu'au 31 décembre 2015, le taux normal ne peut pas être inférieur à 15%.

La **question de l'harmonisation des taux de la TVA** se pose depuis de nombreuses années, et continue de soulever de sérieuses **difficultés** d'ordre essentiellement budgétaire.

3°) Harmonisation en matière d'impôts directs

a) Aides d'Etat

La Commission européenne est aussi particulièrement attentive à la question des aides d'Etat, dans la perspective tracée par le code de conduite européen, afin de tenter de **mettre fin à la concurrence fiscale déloyale au sein de l'Union européenne.**

b) Assiette de l'impôt sur les sociétés : le projet ACCIS

Les instances européennes travaillent actuellement à la **mise en place d'une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés** (ACCIS, ou CCCTB en anglais). Ce projet a été activement soutenu par l'Allemagne et par la France depuis son lancement en 2001.

Ces travaux ont abouti à la présentation d'une **proposition de directive** le 16 mars 2011 (COM(2011) 121/4). L'assiette commune consolidée est présentée comme un ensemble unique de règles de détermination du résultat imposable susceptibles d'être utilisées par les sociétés exerçant leur activité au sein de l'Union européenne ; il s'agit de faire en sorte qu'une société, ou un groupe de sociétés éligible n'ait à respecter qu'un seul régime fiscal au sein de l'Union européenne et non plus ceux des différents Etats membres dans lesquels l'activité est exercée. Seuls les principes de calcul de l'assiette sont ici visés. **L'harmonisation des taux d'impôt sur les sociétés appliqués à cette assiette ne relève pas de ce projet.**

c) La « compensation transfrontalière des pertes »

La Commission européenne a publié sur ce sujet une communication le 19 décembre 2006, afin de proposer un dispositif qui tienne compte de la jurisprudence de la Cour de justice (jurisprudence Marks&Spencer notamment).