

Doctrine

Quelles réglementations sociales et économiques pour répondre aux attentes citoyennes après le vote sur le Brexit ?, par A. Autenne, H. Culot, F. Dorsemont, A. Strowel et E. Traversa 17

Fog in Channel - Continent Cut Off - Les conséquences juridiques du Brexit pour le droit international privé et l'arbitrage international, par G. Croissant 24

Jurisprudence

■ Droit judiciaire - Application de la loi dans le temps - Article 3 du Code judiciaire - Modification du taux du ressort - Application immédiate aux jugements rendus après la date d'entrée en vigueur de la loi sans tenir compte de la date d'introduction de la procédure - Violation des articles 10 et 11 de la Constitution (non) - Principe général garantissant le droit à un double degré de juridiction (non) C. const., 22 décembre 2016 34

■ Droits d'enregistrement - Région wallonne - Solidarité entre toutes les parties à un acte de vente, y compris celles pour lesquelles il ne peut être établi ni qu'elles ont participé à la dissimulation du prix ni qu'elles en avaient connaissance - Violation des articles 10 et 11 et 172 de la Constitution C. const., 22 septembre 2016 35

■ Droit pénal - Faux-serment - Obligation de déclarer des montants prélevés sur le compte commun avant la demande en divorce et des biens dont l'autre partie à l'inventaire avait connaissance (oui) - Procédure téméraire et vexatoire - Abus du droit d'interjeter appel (non) Cass., 2^e ch., 23 novembre 2016 36

Chronique

Billet de la semaine - La vie du palais - Bibliographie.

Bureau de dépôt : Louvain 1
Hebdomadaire, sauf juillet et août
ISSN 0021-812X
P301031

strada
lexJournal
des tribunaux

http://jt.larcier.be
14 janvier 2017 - 136^e année
2 - N° 6672
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Doctrine

Quelles réglementations sociales et économiques pour répondre aux attentes citoyennes après le vote sur le Brexit(*) ?

Le Brexit nous rappelle que la construction européenne n'est ni un processus irréversible, ni une réalité acquise une fois pour toutes.

Dans un monde où des puissances économiques et militaires poursuivent leurs stratégies à l'échelon mondial sans se préoccuper des frontières nationales, le projet européen est, plus que jamais, indispensable. Faute de quoi, la mondialisation risque de reléguer à l'arrière-plan les États qui, en réaction, se crispent sur leur souveraineté. Dans ce contexte, nous faisons le point sur l'évolution passée et proposons des perspectives d'avenir, en abordant ces réalités par le prisme du droit social, du droit fiscal, du droit des sociétés, du droit du commerce international, des droits intellectuels et du numérique. Ces réglementations sociales et économiques touchent les citoyens européens¹ dans leur quotidien et influencent donc leur perception de l'Union européenne.

Les traditions insulaires, la nostalgie d'un empire révolu, le nationalisme renaissant face à l'immigration, la rhétorique brillante de quelques leaders populistes, la puissance d'une certaine presse qui excelle depuis longtemps en « Brussels bashing » ont été invoqués pour comprendre le rejet britannique du projet européen. Le fossé grandissant entre des privilégiés cosmopolites bénéficiaires de la mobilité et des classes moyennes, économiquement fragilisées, négligées par « Bruxelles » est une autre explication. Aucun de ces motifs, pris isolément, ne suffit à expliquer le processus complexe ayant mené au vote². Il n'empêche : la conviction selon laquelle l'Union européenne se préoccupe d'abord des élites nomades³ a influencé le vote des « petites gens » attachés à l'environnement et l'enracinement local⁴. Il importe de répondre à ce sentiment et d'adapter les politiques, et donc la réglementation européenne, aux préoccupations de ce cet électorat susceptible d'embrasser les thèses populistes de politiciens peu éclairés.

(*) Le présent article a été achevé en octobre 2016, c'est-à-dire avant l'élection de D. Trump à la présidence des États-Unis. Pour expliquer ce vote, les commentateurs mettent en évidence des facteurs proches de ceux avancés pour expliquer le Brexit, ce qui renforce, à nos yeux, la nécessité d'approfondir l'intégration européenne proposée ici.

(1) Au quotidien, la citoyenneté européenne se vit moins comme électeur consulté sporadiquement qu'en tant que travailleur, contribuable, consommateur, entrepreneur ou innovateur affecté par la réglementation.

(2) Ainsi, parmi les partisans du maintien du Royaume-Uni dans l'Union, on trouve de nombreux jeunes issus de classes modestes et des émigrés peu aisés. De plus, les 62 % d'Écossais anti-Brexit englobent bien plus que l'élite économique, politique et culturelle de l'Écosse. La composante identitaire ou nationaliste qui a joué en faveur tantôt du « Leave » (chez les Anglais), tantôt du « Remain » (en Écosse) brouille quelque peu les cartes de l'argument lié au statut socio-économique.

(3) Relayant son opinion publique, la première ministre britannique, T. May, s'en est prise aux « élites internationales », ce qui a affolé les milieux d'affaires. L'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne montre également que le droit européen, lorsqu'il confère des droits aux citoyens, se préoccupe avant tout de ceux qui traversent les frontières, à commencer par les travailleurs expatriés. Au regard du droit à la libre circulation, ces derniers apparaissent comme les « bons » citoyens (voy. A. BAILLEUX, « La libre circulation en contreplongée ou Le bon citoyen (européen) dessiné par le droit », à paraître).

(4) Dans une contribution sur le Brexit, Simon Deakin se demande si le désenchantement de la classe ouvrière britannique face au projet européen explique le résultat du référendum britannique et si sa déception est justifiée. Voy. S. DEAKIN, « Brexit, Labour rights and Migration : Why Wisbech Matters to Brussels », *German Law Journal*, 2016, pp. 13-20.



LES CONTRATS D'ASSURANCE PARTICULIERS

Hélène de Rode

L'ouvrage comprend l'analyse, après la réforme du 4 avril 2014, des règles en matière d'assurances de choses, de frais, de responsabilités et de personnes.

Tiré à part du Répertoire Notarial
356 p. • 245,00 € • Édition 2017



larcier

www.larcier.com

commande@larciergroup.com
c/o Larcier Distribution Services sprl
Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve
Tél. 067 39 06 77 • Fax 067 39 06 68

Éditions Larcier - © Groupe Larcier

Quelles réglementations sociales et économiques pour répondre aux attentes citoyennes après le vote sur le Brexit ?

La négociation de la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne, annoncée pour mi-2019, offre une occasion de refonte du cadre institutionnel. Des académiques et dirigeants politiques multiplient les propositions d'instaurer une Europe à plusieurs étages, avec un noyau de pays doté d'un nouveau système de décision et une zone moins intégrée qui, outre le Royaume-Uni, pourrait accueillir de nouveaux États qu'il importe d'armer à l'Europe, comme l'Ukraine⁵. Les pays de la zone euro, quant à eux, pourraient convenir d'un code de convergence. Un tel dispositif permettrait l'élaboration de nouveaux instruments d'investissement précurseurs d'une capacité budgétaire ou d'un mécanisme de dette commun à la zone euro⁶, comme le souhaitent certains économistes⁷.

L'aménagement du dispositif institutionnel et l'intégration plus forte des politiques budgétaires et économiques en zone euro ne seront toutefois pas suffisants pour rétablir l'adhésion au projet européen. Il faut, pour cela, réorienter les réglementations qui affectent directement la condition économique et sociale des citoyens. Les autorités européennes, à commencer par la Commission, se sont par trop attachées à la création du marché intérieur au détriment d'autres politiques. L'intégration négative a pris le pas sur l'intégration positive.

La suppression des frontières, mantra de la construction européenne, ne profite pas nécessairement à tous les citoyens. Bien au contraire, l'analyse des politiques européennes en matière sociale et économique montre les limites de règles qui démantèlent des obstacles aux échanges sans prévoir les mesures d'accompagnement et de protection nécessaires. Les lacunes de ces politiques transparaissent dans l'analyse de cinq domaines de la réglementation européenne que nous passons en revue tout en suggérant des pistes de réflexion pour le futur.

1 Une politique sociale visant l'amélioration des conditions de vie et de travail, au-delà de l'intégration négative

Le premier exemple montrant les limites d'une politique de suppression des barrières (intégration négative) est celui de la protection sociale. Le démantèlement des frontières peut déboucher sur le *dumping* social lorsque les travailleurs sont mis en concurrence sur la seule base du coût de la main d'œuvre.

Les pères fondateurs de l'Europe en étaient conscients. Le Rapport Spaak de 1956 pose la question de savoir si la disparité des règles nationales et son incidence sur les prix peut conduire à « fausser les conditions de la concurrence entre des économies nationales »⁸. À l'époque, ce risque fut relativisé : une charge plus importante liée à un régime de sécurité sociale pouvait être compensée « par les conditions générales des échanges, en particulier le taux de change », une flexibilité qui a disparu en zone euro. Par ailleurs, l'inégalité des niveaux de salaires se justifiait, pensait-on, par des différences de productivité des travailleurs. Dès lors, on n'envisageait pas de « modifier par décret » ces conditions spécifiques d'une économie, mais simplement de rapprocher les législations pour éliminer les « distorsions », notamment celles liées au financement de la sécurité sociale et aux condi-

tions de travail, en cas de disparités faussant la concurrence. Certes, le Rapport Spaak préconisait l'intégration positive du droit du travail et l'« harmonisation progressive » des régimes en ce qui concerne l'égalité des salaires des hommes et des femmes, la durée hebdomadaire du travail et la durée des congés payés⁹. Dans ce contexte, la libre circulation des biens produits dans des régions à faible protection sociale n'était pas considérée comme problématique. Dès le début de la Communauté économique européenne, des moyens d'éviter une concurrence déloyale entre les travailleurs du pays d'accueil et ceux du pays d'origine ont été mis en place. Le Rapport Spaak se concentrait d'ailleurs sur le développement et la création d'emplois, notamment en faveur des régions dites sous-développées, des entreprises en reconversion et des travailleurs en réadaptation. L'approche proposée ne faisait pas appel à l'austérité, mais à l'investissement.

Depuis le Rapport Spaak, l'Union européenne s'est dotée de compétences supplémentaires pour mener une politique sociale digne de ce nom. Le rapprochement des législations ne doit plus nécessairement se faire au nom de l'amélioration du fonctionnement d'un marché ; il peut, par exemple, se donner pour horizon la mise en œuvre de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. Toutefois, nonobstant cette position de principe, l'action de l'Union européenne reste cantonnée à une compétence dite d'« appui » dans un contexte où la volonté politique de la Commission européenne et des États fait défaut. Le rapprochement des législations sociales ne semble plus être au goût du jour. Le dialogue social interprofessionnel conçu par Jacques Delors comme une manière de transcender la paralysie du processus législatif au sein du Conseil a cessé d'être un antidote utile. L'intégration positive s'est ralentie, à l'exception d'une réforme projetée de la directive 96/71 visant à réduire le risque de *dumping* social en cas de détachement des travailleurs¹⁰.

Les développements juridiques plus récents montrent qu'on assiste à davantage qu'un simple ralentissement de l'intégration positive. À travers des arrêts tels que ceux rendus dans les affaires *Viking* et *Laval*¹¹, la Cour de justice a lourdement hypothéqué la protection des acquis sociaux d'un pays dit d'accueil à l'égard des employeurs d'autres États membres invoquant leurs libertés économiques (d'établissement ou de prestation de services)¹². Il est désormais clair que les pays désireux de défendre leurs acquis sociaux doivent se justifier au regard des entraves qu'une telle défense peut causer aux impératifs de libre circulation. Dans le passé, des acquis nationaux mettant en œuvre des conventions de l'Organisation internationale du Travail ont été mis en cause¹³. Tout en minimisant la justiciabilité des droits sociaux consacrés par la Charte de droits fondamentaux de l'union européenne¹⁴, la Cour de justice fait de plus en plus souvent référence à la liberté d'entreprise, nonobstant une formulation en des termes conditionnels, au détriment des acquis sociaux¹⁵. Les valeurs de l'Union sont sacrifiées sur l'autel de ses objectifs économiques.

La Cour n'est pas la seule à remettre les acquis en question. Dans le cadre de la nouvelle gouvernance économique, les politiques sociales des États membres sont de plus en plus souvent mises sous examen. Le Conseil adresse des recommandations qui peuvent même toucher des domaines ne relevant pas de la compétence législative de l'Union européenne. Un même constat s'impose pour les conditions imposées dans les « Memoranda of Understanding » émanant de la Troïka européenne¹⁶. L'argument de la productivité est instrumentalisé contre

(5) Voy. par exemple, J. PISANI-FERRY, N. RÖTTGEN, A. SAPIR, P. TUCKER et G. B. WOLFF, « Europe after Brexit : A proposal for a continental partnership », 25 août 2016 (accessible à l'adresse : <http://bruegel.org/2016/08/europe-after-brexit-a-proposal-for-a-continental-partnership>).

(6) Voy. la proposition de résolution du Parlement européen sur les évolutions et adaptations possibles de la structure institutionnelle actuelle de l'Union européenne (2014/2248(INI), Projet de rapport de G. VERHOFSTADT (5 juillet 2016)).

(7) Voy. par exemple, J. STIGLITZ, *L'Euro. Comment la monnaie unique menace l'avenir de l'Europe*, Éd. Les liens qui libèrent, 2016.

(8) Voy. Rapport dit Spaak du Comité

Conférence de Messine, Bruxelles, 21 avril 1956, p. 60, accessible à l'adresse : http://aei.pitt.edu/996/1/Spaak_report_french.pdf. Pour une analyse : S. DEAKIN, « Labour Law as Market Regulation », in P. DAVIES et al., *European Community Labour Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 63-70, et S. GIUBBONI, *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution*, Cambridge University Press, 2006, pp. 45-48.

(9) Rapport Spaak, pp. 65-66.
(10) Directive 96/71/CE du Parlement européen et du conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, J.O., L 18 du 21 janvier 1997, pp. 1-6.

Workers' Federation et Finnish Seamen's Union, aff. C-438/05, EU:C:2007:772 ; arrêt *Laval un partneri*, aff. C-341/05, EU:C:2007:809. Les arrêts *Viking* et *Laval* ont surpris beaucoup d'experts, parce que la Cour estime que « le respect de la dignité humaine, n'échappe pas au champ d'application des dispositions du Traité et [...] [que] cet exercice doit être concilié avec les exigences relatives aux droits protégés par ledit traité et conforme au principe de proportionnalité » (arrêt *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union*, précité, point 46).

(12) La fondamentalisation de ces principes du droit économique européen dans le cadre de la Charte de l'Union européenne (art. 15 et 16 CDFUE) n'est

pas de nature à tempérer l'activisme juridictionnel sur le plateau du Kirchberg.

(13) Arrêt *Torfaen Borough Council c. B&Q plc*, aff. C-145/88, EU:C:1989:593 ; arrêt *Merci Convenzionali Porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli*, aff. C-179/90, EU:C:1991:464 ; arrêt *Höfner et Elser c. Macrotron*, aff. C-41/90, EU:C:1991:161.

(14) Voy. arrêt *Association de médias sociaux*, aff. C-176/12, EU:C:2014:2.

(15) Voy. arrêt *Alemo-Herron e.a.*, aff. C-426/11, EU:C:2013:521, où les conclusions de l'avocat général J. Kokott dans l'affaire *Achbita*, aff. C-157/15, EU:C:2016:382.

(16) Pour une étude critique, voy. N. BRUUN, K. LOERCHER et

la primauté de la négociation collective professionnelle sur la négociation collective d'entreprise. Même l'indexation des salaires est critiquée au nom de la productivité. L'idée de la rémunération juste et équitable, qui devrait être au cœur d'une relation de travail conforme à la justice sociale, est absente des considérations des autorités européennes. Elle est d'ailleurs passée sous silence dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁷.

Ces développements témoignent d'une soumission de la politique sociale de l'Union à sa politique économique. Ceci se marie difficilement avec l'obligation de l'Union de veiller à la cohérence entre ses différentes politiques et actions, en tenant compte de l'ensemble de ses objectifs (article 7 TFUE). Dans son rapport de 2010, l'ancien Commissaire Mario Monti avait déjà affirmé, de manière prémonitoire¹⁸, que les arrêts *Viking* et *Laval* avaient rallumé un différend entre ceux favorables à une intégration du marché plus poussée et ceux qui estimaient que les libertés économiques risquaient de porter atteinte aux droits sociaux acquis au niveau national. La meilleure manière, selon nous, de mettre un terme à l'intégration négative, serait une clause *constitutionnelle* protégeant les droits sociaux fondamentaux reconnus au niveau des États membres. Une telle clause ne devrait pas être intégrée, comme auparavant, dans des instruments secondaires. La Confédération européenne a élaboré un projet à cet égard en vue de faire adopter un Protocole de progrès social¹⁹.

2 Une fiscalité véritablement européenne pour éviter la concurrence fiscale et financer le budget de l'Union

Sur le plan de la fiscalité, la construction européenne souffre de vices de conception qui l'empêchent d'être un véritable outil d'intégration économique et sociale. La règle de l'unanimité rend extrêmement difficile l'adoption de règles communes. Les principes de libre circulation favorisent la concurrence fiscale et les comportements opportunistes de la part des contribuables mobiles, entraînant une guerre des taux à l'impôt des sociétés et la création de régimes visant à encourager l'immigration fiscale des contribuables fortunés. Il en découle une perte globale de recettes, sans que les obstacles fiscaux traditionnels à la mobilité, en particulier la double imposition internationale, soient levés de manière satisfaisante pour la majorité des contribuables. Les efforts de la Commission pour harmoniser l'impôt des sociétés sont restés vains. Par ailleurs, l'absence d'un impôt européen constitue le frein principal à l'augmentation du budget de l'Union et à son utilisation dans le cadre de politiques d'investissement souhaitées par la population européenne et préconisées par les économistes. Le Brexit pourrait offrir l'opportunité de résoudre certaines de ces carences.

Parmi les nombreux arguments invoqués à l'appui du Brexit, on a mis en avant le manque de légitimité démocratique dans l'adoption de la législation européenne. En matière fiscale, l'exigence démocratique se traduit par la formule « no taxation without representation ». En effet,

les lois fiscales sont adoptées dans tous les États membres selon des standards démocratiques et constitutionnels élevés, par exemple, l'approbation des lois d'impôts par une assemblée élue²⁰. Bien que l'Union européenne ne puisse être comparée à un État, un grand nombre de législations nationales — y compris en matière fiscale — doivent se conformer aux exigences européennes. Ces règles européennes, et en particulier celles qui ont trait aux budgets des États membres, sont adoptées sans que le Parlement européen ne joue de rôle significatif. Cette situation oblige à revoir le fonctionnement des institutions européennes.

En particulier, il faut revoir la règle de l'unanimité en matière fiscale (articles 113, 115, 192, § 2, a) TFUE). En effet, cette règle a permis à certains États membres de l'Union européenne (et en particulier, le Royaume-Uni) de s'opposer aux propositions de réformes fiscales européennes, ralentissant le processus d'harmonisation et empêchant l'Union d'offrir une réponse appropriée aux problèmes liés à la concurrence fiscale internationale, par exemple, en matière d'impôts sur le travail, d'impôts des sociétés ou encore de taxes sur les institutions financières.

De plus, le Brexit pourrait être l'occasion d'examiner l'adéquation des instruments d'harmonisation en l'absence de transfert des compétences fiscales à l'Union européenne. D'une part, l'intégration positive et négative en matière fiscale est exclusivement guidée par des considérations relatives au marché intérieur, ce qui coupe les dispositions européennes des finalités traditionnelles du droit fiscal : créer une source de revenus pour les États et poursuivre d'autres objectifs d'intérêt général. D'autre part, telle qu'elle existe aujourd'hui, l'harmonisation des législations restreint l'autonomie des États membres (ainsi que la souveraineté des parlements nationaux) sans augmenter la marge de manœuvre de l'Union européenne en termes de politique fiscale, ni définir un cadre budgétaire permettant le financement de politiques économiques et sociales plus ambitieuses, notamment en matière d'investissement. Ceci a comme conséquences — paradoxales au sein d'une union politique — de renforcer la concurrence fiscale entre États membres, d'aboutir à une baisse de la taxation sur les facteurs économiques mobiles (sociétés, capital et actifs immatériels) ainsi qu'à une augmentation de la taxation sur les facteurs moins mobiles (travail et consommation)²¹.

Aussi, le Brexit pourrait fournir l'occasion de réformer les règles institutionnelles et procédurales en faveur de la création d'une union fiscale européenne, par un abandon de la règle d'unanimité et un renforcement du rôle du Parlement européen. Le lien entre la fiscalité et le budget de l'Union pourrait ainsi être rétabli.

La Commission européenne avait déjà envisagé l'abandon de la règle d'unanimité lors des négociations pour un traité constitutionnel européen en 2003. Elle suggérait de la remplacer par un principe de majorité qualifiée²². Si l'unanimité permet en théorie d'éviter que des États membres ne doivent appliquer des législations européennes auxquelles ils n'ont pas consenti, elle ne garantit pas le respect de la souveraineté étatique²³. En pratique, l'unanimité crée, en effet, un vide de pouvoir et laisse la place à d'autres acteurs, tels que la Cour de justice et la Commission européenne dont l'action a fortement influencé les

I. SCHOEMANN, *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2014, 372 p., et

A. KOUKIADI et al., *Joint regulation and labour market policy in Europe during the crisis*, Bruxelles, ETUI, 2016, 556 p.

(17) Rappelons cependant qu'elle était prise en compte, dès le Traité CECA, dont l'article 68.2 et 3 se lisait comme suit : « 2. Lorsque la Haute Autorité reconnaît que des prix anormalement bas pratiqués dans une ou plusieurs entreprises résultent de salaires fixés par ces entreprises à un niveau anormalement bas eu égard au niveau des salaires pratiqués dans la même région, elle adresse à celles-ci, après avis du Comité Consultatif, les recommandations nécessaires. Si les salaires anormalement bas résultent de décisions gouvernementales, la Haute Autorité entre en consultation avec le gouvernement intéressé auquel, à défaut d'accord, elle peut, après avis du Comité Consultatif, adresser une recommandation. » 3. Lorsque la Haute Autorité reconnaît qu'une baisse des salaires, tout à la fois, entraîne une baisse du niveau de vie de la main-d'œuvre et est employée comme moyen d'ajustement économique permanent des entreprises ou de concurrence entre les entreprises, elle adresse à l'entreprise ou au gouvernement intéressé, après avis du Comité Consultatif, une recommandation en vue d'assurer, à la charge des entreprises, des avantages à la main-d'œuvre compensant cette baisse (...) ».

(18) « The revival of this divide has the potential to alienate from the Single Market and the EU a segment of public opinion, workers' movements and trade unions, which has been over time a key support of

economic integration ». Voy. Rapport Monti, http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf.

(19) <https://www.etuc.org/proposal-social-progress-protocol>.

(20) A. PAULA DOURADO, « No taxation without representation in the European Union : Democracy, Patriotism and Taxes », in C. BROKELIND (éd.), *Principles of Law : Function, Status and Impact in EU tax law*, IBFD, 2014, pp. 205-233 ; M. LANG, P. PISTONE, J. SCHUCH et C. STARINGER (éd.), *Procedural Rules in Tax Law in the Context of European Union and Domestic Law*, Kluwer Law International, 2010, p. 4 : « Member States in general base their authority to tax on specific tax laws, within the framework of constitutional requirements (...) Without exception in all countries that contributed to this book, the principle of legality is ac-

cepted in the sense that taxes may only be imposed if it is determined so by law ». Voy. par exemple, l'article 170 de la Constitution belge.

(21) Voy. notamment C. VALENDUC, « Politique fiscale et positionnement des États dans une économie globalisée », *Bull. Doc. Min. Fin.*, 2008, 68^e année, n° 3, pp. 53-89.

(22) Communication de la Commission européenne, *A Constitution for the Union – Opinion of the Commission, pursuant to Article 48 of the Treaty on European Union, on the Conference of representatives of the Member States' governments convened to revise the Treaties*, COM/2003/0548 final, point I.7.

(23) P. GENSCHÉL, « How the European Union constrains the state : Multilevel governance of taxation », *European Journal of Political Research*, 2011, vol. 50(3), pp. 293-314.

politiques fiscales des États membres à travers l'application des libertés fondamentales et des règles sur les aides d'État²⁴. Le rôle important de la Cour de justice résultant du manque d'harmonisation positive en la matière a engendré une plus grande harmonisation négative, sous la forme d'interdictions. Certes, des évolutions — notamment liées à l'action d'organisations internationales, comme l'O.C.D.E. — visant à limiter la concurrence fiscale pourraient inciter les États membres à consentir à des règles communes. La proposition de la Commission européenne en faveur de l'introduction d'une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés servira assurément de test pour vérifier la volonté des États membres²⁵. Il est cependant permis de douter qu'une position commune se dégage²⁶.

D'un point de vue politique, l'adoption du vote à la majorité qualifiée en matière fiscale incitera les États membres à trouver des compromis et des solutions innovantes là où l'unanimité encourage les parties les moins ambitieuses et conduit à un *statu quo* dommageable pour tous²⁷.

En ce qui concerne le besoin du renforcement du contrôle démocratique dans les matières fiscales, l'unanimité au sein du Conseil ne constitue pas une garantie démocratique adéquate. Par contre, renforcer le rôle du Parlement européen dans le processus d'adoption des réglementations fiscales améliorerait le contrôle démocratique. Pour ce faire, réformer les institutions européennes et instituer le Parlement comme le principal organe de représentation démocratique devrait être envisagé.

Il faut également une clarification du lien entre le droit fiscal européen et le budget européen. Les ressources du budget européen proviennent partiellement de ressources propres (douanes), d'une faible proportion de la T.V.A. mais essentiellement d'une proportion du revenu national brut des États membres. Les politiciens nationaux trouvent dans cette dernière source de revenus une critique facile à l'encontre de l'Union européenne. L'adoption d'une taxe européenne permettrait de limiter les ponctions dans les budgets nationaux et créerait une source de revenus propres pour l'Union européenne. La T.V.A., par exemple, pourrait être facilement aménagée pour devenir une taxe européenne.

Ces réformes renforceraient l'Union politique, en mettant mieux en relation la perception des impôts et les dépenses au niveau européen²⁸. Elles permettraient d'établir des programmes de stimulation économique au niveau européen et des mécanismes de solidarité, ainsi que de financer des initiatives communes, en particulier en matière de défense ou de politique étrangère²⁹.

3 Un ancrage réel des personnes morales pour éviter les sociétés « boîtes aux lettres »

Si la libre circulation des personnes physiques est l'épicentre du projet européen, la mobilité des personnes morales en est une pièce maî-

trasse. L'Union européenne s'attache à offrir aux entreprises des possibilités juridiques de déplacement territorial ainsi que des normes structurantes valables dans divers États membres³⁰. Contrairement au droit de la consommation, le droit européen des sociétés souffre toutefois d'un déficit de coordination. La création de formes sociales européennes³¹, une vingtaine de directives et quelques règlements n'ont pas suffi à aligner les droits nationaux. Les raisons en sont multiples. La complexité de la vie des affaires, l'autonomie revendiquée des opérateurs privés et surtout la prégnance des « modèles nationaux » de gouvernance des sociétés constituent autant de freins à l'harmonisation. L'opposition entre les modèles rhénan, anglais et français de droit des sociétés est, à cet égard, bien connue des spécialistes³².

Des travaux et des réflexions sont en cours afin de renforcer l'uniformisation du droit des sociétés dans le double objectif de protection des parties prenantes de l'entreprise (actionnaires, dirigeants, créanciers et travailleurs) et de facilitation des activités sociétaires transfrontières³³. Dans les cénacles européens, il semblerait toutefois que la coordination par voie d'intégration positive soit progressivement remplacée par une approche en termes d'intégration négative³⁴. Au lieu de construire le droit européen des sociétés via le processus législatif du droit dérivé, on laisse une plus grande autonomie aux États pour adapter leur droit dans un cadre plus souplesment structuré. On utilise ainsi l'outil de la concurrence régulatoire couplée à des directives d'harmonisation minimale en encourageant l'introduction, dans les droits nationaux, d'options facultatives inspirées de solutions étrangères.

Cette flexibilisation doit être mise en lien avec les avancées notoires du droit européen prétorien dans le domaine de la liberté d'établissement des sociétés³⁵. En effet, depuis les arrêts *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*, *Cartesio* et *Vale*³⁶, l'Europe de la libre circulation des personnes morales est devenue une réalité : les sociétés ont, globalement, la possibilité de migrer d'un ordre juridique à un autre. Il en va de même pour les restructurations transfrontalières³⁷ : le droit européen a contribué à rendre de telles opérations juridiquement possibles. Les États membres sont, dès lors, en concurrence juridique pour attirer les investisseurs. En droit des sociétés, le marché des droits n'est plus un fantasme ou un repoussoir.

L'accentuation des possibilités de mobilité transfrontalière a été rapidement suivie d'un positionnement en termes de « concurrence défensive » dans le chef de certaines parties prenantes de l'entreprise, singulièrement les travailleurs et les créanciers, y compris les autorités fiscales. Le phénomène des sociétés « boîtes aux lettres » est, de ce point de vue, régulièrement dénoncé. Parfois qualifiée de « *pseudo-foreign* », la société « boîte aux lettres » est constituée dans un État membre mais déploie son activité économique exclusivement ou principalement dans un autre État membre. Elle suscite des interrogations du point de vue de la concurrence fiscale et du détachement des travailleurs, pour prendre deux exemples saillants. Mais, en droit européen des sociétés, rien n'interdit l'utilisation d'une telle technique. Faut-il rappeler que les arrêts *Überseering* et *Cartesio*³⁸ ont affirmé la position de neutralité du Traité par rapport au rattachement des personnes morales. À l'exception des formes européennes, les sociétés

(24) I. RICHELLE, W. SCHÖN et E. TRAVERSA (eds), *Allocating Taxing Powers within the European Union*, Springer 2013, MPI Studies in Tax Law and Public Finance, vol. 2 ; I. RICHELLE, W. SCHÖN et E. TRAVERSA (éd.), *State Aid Law and Business Taxation*, Springer 2016, MPI Studies in Tax Law and Public Finance, vol. 6.

(25) Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Un système d'imposition des sociétés juste et efficace au sein de l'Union européenne : cinq domaines d'action prioritaires*, COM(2015) 302 final, 17 juin 2015.

(26) Certes, il existe déjà des instruments permettant aux États membres qui le souhaitent d'aller plus loin. Par exemple, le mécanisme de coopération renforcée a été utilisé pour créer une taxe sur les transactions finan-

d'harmonisation des législations européennes a été vue d'un œil méfiant par les États membres qui n'y participaient pas, comme le Royaume-Uni. Mais cette méthode apparaît peu adaptée à la matière fiscale.

(27) J. HOVI et D. F. SPRINZ, « The Limits of the Law of the Least Ambitious Program », *Global Environmental Politics*, 2006, 6(3), pp. 28-41 (voy. p. 38 : « In other words, the effect of the unanimity rule in the European Union is not so much that it favors the least ambitious program, as that it introduces a strong conservative element »).

(28) A. DE FEO et B. LAFFAN, *EU Own Resources : Momentum for a Reform ?*, European University Institute, 2016, disponible à l'adresse : <http://ec.europa.eu/budget/mff/hlgor/library/selected-readings/01-DOaff.C-COMM-EUORMomentum-ForReform-EUIDeFeoLaffan-2016.pdf>.

A. KRENEK, D. NERUDOVÁ et M. DOBRANSCHI, *EU taxes as genuine own resource to finance the EU budget – pros, cons and sustainability – oriented criteria to evaluate potential tax candidates*, 2016, disponible à l'adresse : <http://ec.europa.eu/budget/mff/Library/hlgor/selected-readings/40-DOaff.C-COMM-EuTaxes-Schatzenstalle.pdf>.

(29) M. L. ROSS, « Does Taxation Lead to Representation ? », *B.J. Pol. S.*, 2004, 34, pp. 229-249.

(30) N. THIRION (ed.), *Droit international et européen des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2009.

(31) Le groupement européen d'intérêt économique, la société européenne et la société coopérative européenne.

(32) K. HOPT (ed.), *Comparative Corporate Governance*, Cambridge University Press, 2013.

(33) Voy. *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company*

Law, European Commission, 5 avril 2011, consultable à l'adresse : www.europeans.org/sites/default/files/report_company_law_0.pdf.

(34) N. THIRION (ed.), *op. cit.*, p. 155.

(35) Prévue par l'article 49 TFUE, la liberté d'établissement est applicable aux sociétés en vertu de l'article 54 TFUE.

(36) Arrêt *Centros*, aff. C-212/97, EU:C:1999:126 ; arrêt *Überseering*, aff. C-208/00, EU:C:2002:632 ; arrêt *Inspire Art*, aff. C-167/01, EU:C:2003:512 ; arrêt *Cartesio*, aff. C-210/06, EU:C:2008:723 ; arrêt *Vale Epitési*, aff. C-378/10, EU:C:2012:440.

(37) Voy. la directive 2005/56/CE sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, J.O. L 310 du 25 novembre 2005, pp. 1-9.

(38) *op. cit.*

sont des êtres juridiques dont la naissance et l'existence dépendent des droits nationaux, même si elles peuvent, ensuite, revendiquer le bénéfice de la liberté d'établissement circonscrit par la jurisprudence.

Les pouvoirs publics ne sont toutefois pas complètement démunis face aux abus de *forum shopping* et à l'utilisation des sociétés « boîtes aux lettres ». En vertu de l'exception liée aux raisons impérieuses d'intérêt général, les États membres peuvent restreindre la liberté d'établissement des sociétés. Des mesures étatiques destinées à protéger les créanciers ou à éviter des fraudes et des abus, peuvent, en théorie, passer le test de l'intérêt général, dans le respect des exigences de proportionnalité. Dans le domaine du droit européen des sociétés, moins marqué que ne l'est le droit fiscal par l'ordre public ou l'impérativité, ce test d'intérêt général est d'application très stricte. Dès *Centros*³⁹, la Cour de justice a précisé, cependant, que la circonstance qu'une société souhaite bénéficier d'une législation plus favorable ne saurait, à elle seule, constituer une fraude permettant de justifier une intervention réglementaire au nom de l'intérêt général. En d'autres termes, l'exercice d'une activité économique via une société « boîte aux lettres » valablement constituée dans un autre État membre est, *a priori*, couvert par la liberté d'établissement. D'aucuns considèrent que cet enseignement a été relativisé par l'arrêt fiscal *Cadbury Schweppes*⁴⁰ qui admet, au titre de raison impérieuse d'intérêt général, la lutte contre les montages purement artificiels dont le but est d'échapper à l'emprise de la législation d'un État membre au profit de celle d'un autre, jugée plus favorable. Le bénéfice de la liberté d'établissement serait subordonné à une certaine réalité économique d'implantation et à l'exercice concret d'une activité. Mais la portée de cette jurisprudence pour le droit d'établissement des sociétés demeure controversée. Ceci « ne contribue certainement pas à l'idéal d'un marché intérieur au sein duquel les décisions de localisation des entreprises seraient uniquement guidées par des objectifs d'intégration économique, sans considération pour les motivations tirées du bénéfice d'avantages fiscaux »⁴¹. Dans le domaine de la mobilité transfrontière, les travaux d'élaboration d'une 14^e directive au sein de laquelle une régulation des sociétés « boîtes aux lettres » pourrait être envisagée, devraient être réactivés⁴².

4 Une politique commerciale respectueuse des intérêts non commerciaux et sans démantèlement des normes techniques

En favorisant la libre circulation, la construction européenne s'est érigée à partir du démantèlement des frontières internes. Le même principe d'abaissement des barrières guide les relations économiques avec les États tiers. Ainsi, l'Union a développé et poursuit une politique énergique de conclusion d'accords commerciaux (et aujourd'hui aussi d'investissement) avec ses principaux partenaires économiques. Signés en 1994, les Accords de l'Organisation mondiale du commerce (O.M.C.)⁴³ représentent sans doute le traité le plus ambitieux, en raison de son champ d'application quasi mondial et de l'étendue des ma-

tières abordées. Outre le commerce des marchandises, ces accords couvrent le marché des services, ainsi que la protection des droits intellectuels. On oublie aujourd'hui, alors que les projets d'Accord économique et commercial global avec le Canada (CETA)⁴⁴ et de Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement avec les États-Unis (TTIP)⁴⁵ font l'objet d'une opposition virulente de la société civile, que les accords de l'O.M.C. ont été, eux aussi, fortement débattus dans l'opinion publique. Mais le vent dominant semble avoir tourné : comme l'illustrent le repli britannique, les prises de position des deux candidats à la Maison blanche et l'opposition des parlementaires wallons au CETA : l'élite politique s'affiche volontiers opposée au modèle du libre-échange. Sans doute cherche-t-elle à plaire à un électorat qui n'a pas directement profité de la globalisation ou qui se perçoit comme perdant⁴⁶. En outre, le modèle des accords commerciaux multilatéraux semble bloqué depuis la conclusion de l'Uruguay Round. Mais de nombreux traités bilatéraux de libre-échange moins médiatisés ont été ratifiés ou signés, et la Commission en négocie d'autres avec nombre de pays, de tous niveaux de développement et sur tous les continents⁴⁷.

Si l'on peut observer des évolutions dans les partenaires approchés, les sujets traités et les méthodes adoptées, la ligne générale reste toujours celle d'une plus grande libéralisation du commerce. Il s'agit en quelque sorte d'étendre au monde entier les libertés de circulation garanties en Europe, à l'exception notable de celle des personnes.

On comprend immédiatement l'avantage de tels accords pour les entreprises multinationales. Celles-ci tirent notamment leur force de leur capacité à profiter des avantages comparatifs et des économies d'échelles, ce qui présuppose qu'elles puissent fabriquer chaque (partie de) produit là où la production est la plus efficiente, pour ensuite écouler la production sur la terre entière, d'où leur intérêt pour le libre-échange. L'avantage relatif de chaque lieu de production n'est, le plus souvent, pas lié au climat ou à l'abondance de ressources naturelles, mais plutôt à des facteurs dépendant de politiques publiques : fiscalité, réglementation du travail, règles d'urbanisme et de protection de l'environnement, qualité de la formation des jeunes et des travailleurs, etc. Par le truchement des biens et des services qui voyagent, l'ouverture des frontières met ces politiques en concurrence⁴⁸ ; de son côté, la mobilité des facteurs de production, et surtout du capital, limite les capacités de prélèvement effectif de l'impôt censé financer les initiatives contribuant à l'attractivité du pays.

L'effet du libre-échange pour les citoyens-consommateurs est plus ambigu. En principe, les gains de productivité attendus leur apporteront des biens et services plus abondants et plus variés, à un prix plus attractif. En pratique, cela risque d'affecter leur emploi ou leurs conditions de travail, le niveau de protection de la santé ou de l'environnement, voire de gommer des particularités locales qui contribuent à définir l'identité de chacun.

Tous ces arguments ne sont pas neufs, et s'appliquent d'ailleurs à la libéralisation intra-européenne entreprise depuis 1957. Mais le projet européen, même considéré dans ses seuls aspects économiques, ne s'est pas limité à faire circuler les produits et les facteurs de production. Il a aussi intégré les intérêts non commerciaux. D'une part, un corpus de règles de protection des consommateurs, de la santé, de l'environ-

(39) *op. cit.*

(40) Arrêt *Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas*, aff. C-196/04, EU:C:2006:544.

(41) E.-J. NAVEZ, *Le transfert transfrontalier du siège social des sociétés à l'épreuve du principe de territorialité au sein de l'Union européenne - Étude croisée de droit commercial, de droit international privé et de droit fiscal*, Thèse pour le Doctorat en Sciences Juridiques, Faculté de Droit, U.C.L., 2014, p. 668.

(42) En 2007, le Commissaire européen McCreevy annonça qu'un terme était mis aux travaux d'élaboration d'une Proposition de 14^e directive sur le transfert de siège statutaire des sociétés de capitaux. Le Parlement européen a toutefois adopté, le 2 février 2012, une résolution contenant des recommandations à la Commission sur une 14^e directive sur le transfert de siège statutaire des sociétés de capitaux.

le droit des sociétés relative au transfert transfrontalier du siège statutaire. Voy. www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0019+0+DOC+XML+V0//FR.

(43) Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech le 15 avril 1994 et décision 94/800/CE du Conseil du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), J.O., L 336 du 23 décembre 1994, p. 1.

(44) Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, dont le texte est annexé à la Proposition de

décision du Conseil relative à la signature, au nom de l'Union européenne, de l'accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, COM/2016/0444 final, 5 juillet 2016.

(45) Certains textes préparatoires sont rendus publics par la Commission : <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1230>, 15 septembre 2016.

(46) C'est dans les zones où les industries traditionnelles étaient d'avantage exposées à la concurrence internationale que le vote *Leave* a été majoritaire, ce qui pourrait signifier que l'impact de la globalisation de l'économie a pu être plus déterminant pour le vote sur le Brexit que la peur de l'immigration. Telle est la thèse

d'économistes qui ont examiné diverses données : voy. I. COLANTONE et P. STANIG, « The real reason the U.K. voted for Brexit ? Jobs lost to Chinese competition », *The Washington Post*, 7 juillet 2016 (voy. www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/07/07/the-real-reason-the-u-k-voted-for-brexiteconomics-not-identity/). Les craintes se rejoignent de toute façon lorsque l'arrivée d'une main-d'œuvre étrangère s'ajoute au choc de la globalisation économique sur les entreprises traditionnelles.

(47) http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/june/tradoc_149622.jpg (consulté le 20 septembre 2016).

(48) P. COPPENS, « La fonction du droit dans une économie globalisée », *R.I.D.E.*, 2012, pp. 274-275.

nement et des travailleurs a été établi. Ces normes font partie de celles qui, « incorporées » dans les produits et services, voyagent avec eux. Pour éviter tant la concurrence à la baisse que le protectionnisme déguisé, la libéralisation s'est accompagnée de l'harmonisation des règles à un niveau élevé. D'autre part, face à l'évidence que les gains de l'échange ne se répartissent pas « naturellement » de manière juste, l'Union européenne a mis sur pied ou encouragé des programmes de redistribution comme la politique agricole commune et l'aide aux régions défavorisées. On peut certes penser que ces aspects ne reçoivent pas une attention suffisante ou qu'ils ont été progressivement oubliés, mais leur existence est indéniable.

Au moment où le projet européen vacille et où certains accords de libre-échange sont plus que jamais contestés, la solution ne réside pas nécessairement dans leur abandon. La mondialisation économique, qui repose principalement sur des avancées technologiques (dans le traitement des informations et les communications), risque de se poursuivre, rendant illusoire toute velléité isolationniste. Sans doute, prendra-t-elle d'autres formes : ainsi la globalisation du secteur des services associée à la circulation accélérée des données va-t-elle probablement contrebalancer un tassement des échanges de biens⁴⁹.

Soutenir un modèle ouvert sur le plan des échanges internationaux n'empêche pas de mettre en avant des intérêts non commerciaux⁵⁰. Si les standards nationaux en matière de travail sont érodés par la concurrence internationale avec des pays qui ne protègent pas autant les travailleurs, des mesures correctrices ou d'harmonisation s'imposent. De même, si la mobilité des sociétés gêne les politiques fiscales visant à réduire les inégalités, il faut limiter les délocalisations à des fins d'optimisation fiscale ou harmoniser les règles fiscales. Ces accords ne peuvent pas davantage être l'occasion pour les investisseurs de se soustraire à la justice étatique. Plus généralement, il faut développer une coopération internationale qui régule les forces économiques en vue de protéger d'autres intérêts, en particulier dans les domaines sociaux et environnementaux, et d'assurer une distribution plus juste des gains réalisés grâce au commerce international.

Des programmes existent déjà pour favoriser la participation des pays en voie de développement dans le commerce international⁵¹ ou pour accorder une « compensation » à ceux qui pâtissent de l'ouverture au commerce international⁵². Mais, ils manquent cruellement d'ambition, d'effectivité et d'ampleur, surtout lorsqu'on les compare aux « avancées » qui ont été réalisées pour la libéralisation des échanges.

Quant à l'harmonisation des normes, au cœur du débat sur le TTIP, on ne peut se départir de l'impression qu'elle risque d'aboutir à un nivellement par le bas et qu'au mieux, elle maintiendrait le niveau de protection existant. Le principe de la liberté de circulation des données prôné par certains, notamment dans le cadre du TTIP, risque aussi de

profiter aux plus grandes entreprises tout en mettant à mal la vie privée et d'autres valeurs chères aux citoyens européens. Or, on voudrait pouvoir espérer des futurs accords commerciaux une amélioration de la protection des consommateurs, de la santé et de l'environnement.

Si, à l'inverse, l'Union européenne pesait de son poids dans le commerce international pour promouvoir une meilleure protection des intérêts non commerciaux et une distribution plus juste des gains de l'échange, sa politique de libéralisation reposerait sur une légitimité accrue, en particulier auprès de ceux qui s'y opposent aujourd'hui.

5 Une politique pour soutenir l'innovation des petites entreprises et l'Europe numérique

On pourrait poursuivre l'exercice et se demander si le droit européen de la propriété intellectuelle a profité aux créateurs et aux (petits) entrepreneurs⁵³. Le bilan global de l'harmonisation et de l'unification dans ce domaine n'est sans doute pas négatif, tout spécialement en matière de marques et de dessins et modèles, mais certains développements, concernant, par exemple, le brevet unitaire et la juridiction unifiée des brevets, posent question car ils sont très favorables aux entreprises détenant d'importants portefeuilles de brevets. Sous la pression du Royaume-Uni notamment, le Conseil a accepté de placer les règles substantielles du brevet unitaire (précédemment appelé brevet de l'Union européenne) dans un traité international (plutôt que dans un règlement) afin, principalement, de les soustraire à la compétence de la Cour de justice⁵⁴. Ce transfert des règles vers le droit international visait aussi à isoler le droit des brevets des exigences découlant des droits fondamentaux de la Charte. Il est piquant de constater que le Brexit remet en cause la solution défendue par le Royaume-Uni⁵⁵. Le Brexit offre l'occasion de revoir pour partie le régime juridictionnel en matière de brevet dans un sens plus favorable aux intérêts des petites entreprises.

S'agissant du numérique, l'objectif principal de la Commission semble être de « briser les barrières nationales »⁵⁶, ce qui pourrait profiter avant tout à des entreprises hors Union européenne. Ainsi, certaines propositions législatives en matière de commerce électronique se préoccupent de faciliter la portabilité des contenus protégés (films et musique)⁵⁷ et l'accès aux services en ligne⁵⁸ par-delà les frontières⁵⁹. La stratégie européenne sur le marché unique numérique vise également à assurer la portabilité transfrontalière des données⁶⁰ de façon à permettre l'exploitation des Big Data que la Commission estime « indispensables à la compétitivité de l'Union européenne »⁶¹. Le dé-

(49) L'analyse des données sur les échanges internationaux de biens, services et de capitaux montre que, depuis 2008, la part de ces échanges dans le P.N.B. global plafonne, alors qu'au cours des précédentes décennies, le taux de croissance du commerce international était deux fois supérieur en moyenne au taux de croissance du PNB. En revanche, la période 2005 à 2014 a connu une très forte augmentation des flux de données entre pays européens et entre régions du monde. Voy. « Trends in global trade - A structural shift ? », *Financial Times*, 3 mars 2016.

(50) Voy. D. RODRIK, « Deglobalisation is a chance to make good an imbalance », *Financial Times*, 6 octobre 2016, p. 13.

(51) Voy. par exemple, l'initiative de l'O.M.C. appelée « Aide pour le commerce » (www.wto.org/french/tratop_f/devel_f/a4t_f/aid4trade_f.htm) ou le programme « Tout sauf les armes » de l'Union européenne (article 1, § 2, c) ; articles 17 et 18 du règlement (UE) n° 978/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 ap-

tarifaires généralisées et abrogeant le règlement (CE) n° 732/2008 du Conseil, J.O. L 303 du 31 octobre 2012, p. 1).

(52) Règlement (UE) n° 1309/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au Fonds européen d'ajustement à la mondialisation pour la période 2014-2020 et abrogeant le règlement (CE) n° 1927/2006, J.O. L 347 du 20 décembre 2013, pp. 855-864.

(53) Voy. A. OHLY et J. PILA (ed.), *The Europeanisation of IP Law*, Oxford University Press, 2013.

(54) Voy. A. STROWEL, F. DE VISSCHER et V. CASSIERS, « L'Union ne peut pas être dépouillée de ses compétences par les États membres : le dangereux précédent du brevet ! » disponible à l'adresse : www.uclouvain.be/509584.html. À la suite des réactions, une réplique soutenue par plus de 50 praticiens et académiques a été publiée dans une revue hollandaise : « Repliek van academici, Answers to certain comments on the motion (about the patent package and article 118 TFEU) », *Berichten Industriële Eigendom*, mai 2015, pp. 108-112.

(55) L'accord relatif à une juridiction unifiée en matière de brevets (JUB), signé le 19 février 2013, qui conditionne l'entrée en vigueur du brevet unitaire, nécessite treize ratifications dont celle des trois plus grands pays en termes de brevets, ce qui inclut le Royaume-Uni. Si, sur le plan strictement juridique, certains soutiennent que le Royaume-Uni pourrait adopter ce traité international même après avoir quitté l'Union, c'est sans doute impossible sur le plan politique, et cela n'est en tout cas pas souhaitable.

(56) Est ainsi révélateur l'extrait des orientations politiques de J.-C. Juncker (15 juillet 2014) pour la Commission européenne actuelle : « Je suis convaincu que nous devons tirer un bien meilleur parti des énormes possibilités offertes par des technologies numériques qui ne connaissent aucune frontière. Pour cela, nous devons avoir le courage de briser les barrières nationales en matière de réglementation des télécommunications, de droit d'auteur et de protection des données, ainsi qu'en matière de gestion des ondes radio et d'application du droit de la concurrence ».

(57) Proposition de règlement visant

à assurer la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur, COM(2015) 627 final, 9 décembre 2015.

(58) Proposition de règlement visant à contrer le blocage géographique d'autres formes de discriminations dans le marché intérieur, COM(2016) 289 final, 25 mai 2016.

(59) Voy. A. STROWEL, « From content portability to data portability : when regulation overlaps with competition law and restrictions can be justified by intellectual property », *Competition Law and Policy Debate*, juin 2016, vol. 2, n° 2, pp. 63-70.

(60) Communication de la Commission, *Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*, COM(2015) 192 final, 6 mai 2015, point 4.1. La portabilité des données personnelles est déjà consacrée par l'article 20 du règlement général sur les données personnelles (2016/679) qui entrera en vigueur en mai 2018.

(61) Voy. *Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*, op. cit. Face à la multiplication des lois forçant la localisation des données sur le territoire national, le vice-président de la Commission, Andrus An-

veloppement de grands opérateurs transfrontaliers capables de servir l'ensemble des consommateurs européens semble être une préoccupation centrale de la Commission, même si celle-ci se rend compte qu'une telle politique risque de profiter à de grands opérateurs étrangers⁶². Reconnaissons toutefois la volonté du législateur européen de protéger les consommateurs à l'ère du numérique grâce aux règles en matière de protection de la vie privée et au droit de la consommation.

L'absence d'harmonisation de la fiscalité des droits intellectuels contribue aussi à éroder sérieusement les recettes de l'impôt des sociétés en incitant à loger des droits intellectuels dans les pays qui organisent la concurrence fiscale. Au-delà de la pression à la baisse sur le taux d'imposition des sociétés, la concurrence dommageable pour les États s'exerce à travers les niches fiscales, dont les régimes dits des *patent boxes* qui se sont répandus en Europe⁶³. À cet égard, la Commission, à travers les enquêtes de la DG Concurrence, fait preuve d'une approche assez volontariste : elle a déjà pris plusieurs décisions en matière d'aides d'États, dont celles impliquant *Apple* et *Starbucks*⁶⁴, qui révèlent la sophistication des stratégies d'optimisation fiscale basées entre autres sur la mobilité des actifs intellectuels. Le cadre fiscal mériterait d'être revu pour s'assurer que les régimes préférentiels en faveur de l'innovation soient réellement basés sur des investissements effectifs dans la recherche et le développement (par exemple, l'engagement de chercheurs) plutôt que sur l'acquisition de titres juridiques sans lien avec l'établissement de l'activité innovante. Accélérer l'innovation passe aussi par des investissements massifs dans la recherche et le développement, trop peu encouragés à ce jour en Europe⁶⁵.

* * *

Dans les domaines économique et social, l'agenda et les priorités de l'action européenne méritent une sérieuse révision. Effacer les frontières sans une volonté et des moyens pour accompagner les effets de la mobilité accélérée des acteurs et facteurs du marché (travailleurs, sociétés, biens et actifs immatériels, données, etc.) est un tropisme qui doit, nous semble-t-il, être réinterrogé.

Dans leur récente analyse de la construction européenne en droit des affaires, une équipe d'universitaires et de praticiens français, sous l'égide de l'Association Henri Capitant, a récemment montré que les commerçants et les PME, qualifiés en Allemagne de *Mittelstand*, n'ont pas été suffisamment considérés par les politiques et réglementations européennes⁶⁶. Nous partageons le même constat quant à l'évolution de ce que nous préférons appeler le droit de l'entreprise (plutôt que le droit des affaires) eu égard au rôle primordial des travailleurs, des entrepreneurs et des innovateurs. Dans cet article, nous avons relevé les carences de certaines réglementations en matière sociale et économique. Nous avons souligné la nécessité de corriger les règles en matière de détachement des travailleurs, d'harmoniser la fiscalité des so-

ciétés, de limiter l'usage d'outils juridiques à des fins d'optimisation agressive (les sociétés boîtes aux lettres ou les actifs immatériels), de mettre le consommateur au cœur des règles du commerce international dans le cadre d'une redistribution juste, de protéger l'innovation pour les PME (et donc de revoir le système de la juridiction unifiée en matière de brevet) et de définir un code européen des données numériques.

Tourner le dos à l'Europe n'est pas une solution. S'il faut certainement plus d'Europe, c'est d'une autre Europe dont nous avons besoin : au démantèlement des frontières, qui obséda l'Europe pendant près de soixante ans, il faut, dans le domaine socio-économique, substituer des politiques positives à l'égard des parties prenantes de l'entreprise : les travailleurs, les consommateurs, les entrepreneurs, les chercheurs, les innovateurs, etc. Si l'on veut ré-enchanter le citoyen européen, il faut ouvrir de nouvelles perspectives concrètes pour ceux qui, au jour le jour, endossent ces divers rôles.

Ceci implique, comme par le passé, un sursaut politique. Il y a plus de trente ans, la Commission européenne avait dressé ce constat qui reste pertinent : « L'Europe est arrivée à la croisée des chemins. Soit elle va de l'avant, avec fermeté et détermination, soit elle retourne à la médiocrité. Ou bien nous nous résolvons à parfaire l'intégration économique de l'Europe, ou bien nous abdiquons par manque de volonté politique devant l'immensité de la tâche, et nous laissons l'Europe devenir une simple zone de libre-échange »⁶⁷. Les dirigeants européens sont aujourd'hui confrontés au même choix. La tâche est immense. L'intégration doit désormais couvrir les politiques sociales, fiscales et économiques, tandis que les divergences au sein de l'Europe élargie sont plus marquées. À l'époque, la volonté politique avait débouché sur une période d'intégration positive animée par la Commission Delors. À la veille du sixième anniversaire du Traité de Rome, nous appelons de nos vœux l'éclosion d'une nouvelle dynamique, insufflée par des politiciens ambitieux. Dans cette hypothèse, le Brexit pourrait déboucher sur une reconstruction européenne.

Alexia AUTENNE

Henri CULOT

Filip DORSEMONT

Alain STROWEL

Eduardo TRAVERSA

Professeurs à l'U.C.L., membres du CRIDES,
Faculté de droit et de criminologie

Avec l'adhésion de : Antoine BAILLEUX, Pierre-Olivier DEBROUX, Nicolas DE SADELEER, Denis DUEZ, professeurs à l'Université Saint-Louis ; Philippe COPPENS, Fernand DE VISSCHER, Pierre-Paul VAN GEHUCHTEN, professeurs à l'U.C.L.

sip plaide pour un règlement (dont le projet pourrait être déposé d'ici fin 2016) : L. CERULUS, « Andrus Ansip : Data localization laws are forcing EU to intervene », *Politico*, 13 octobre 2016.

(62) D'où le plaidoyer du Commissaire allemand, G. Oettinger, « Pour un "Code civil" des données numériques », *Le Monde*, 15-16 octobre 2016 (« [...] je plaide en faveur d'un "Code civil sur les données". De même que le code civil régit de façon claire, entre autres, le droit de propriété, de possession et de bail pour les biens meubles et immeubles, nous avons besoin d'un code civil pour l'ère du numérique qui clarifie en détail les questions qui peuvent se poser en matière de droits relatifs aux données. Cette question ne peut être tranchée au niveau local ou national. Le morcellement serait fatal et nous ne pouvons pas nous en passer. »).

loi des grandes plateformes numériques faute de présenter une alternative de taille critique »).

(63) Ces régimes, qui existent notamment en Belgique et chez ses voisins (à l'exception de l'Allemagne), permettent de taxer les revenus des brevets (et d'autres droits intellectuels) à un taux très favorable (6,8 % en Belgique, 5 % aux Pays-Bas, 5,8 % au Luxembourg, etc.). Si l'on parvient à lier une part importante du chiffre d'affaires portant sur les produits ou services au portefeuille de droits intellectuels, la charge fiscale de l'entreprise est fortement réduite.

(64) Voy. les Communiqués de presse de la Commission européenne, La Commission décide que les avantages fiscaux sélectifs accordés à Fiat au Luxembourg et à Starbucks aux Pays-Bas sont illégaux au regard des règles de l'UE en matière d'aides d'État, 21 octobre 2015.

Aides d'État : L'Irlande a accordé pour 13 milliards d'avantages fiscaux à Apple, 30 août 2016 (disponible à l'adresse : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_fr.html).

(65) Voy. R. VEUĞELEERS et M. CINCERA, « The Impact of Horizon 2020 on Innovation in Europe », *Intereconomics*, 2015, vol. 50, pp. 4-34 (l'ensemble des investissements privés et publics dans la R&D s'élèvent à moins de 2 % du au PNB européen, significativement en dessous du ratio aux États-Unis, au Japon et en Corée du Sud).

(66) *La construction européenne en droit des affaires : acquis et perspectives*, Paris, L.G.D.J., 2016. Cette analyse de l'acquis européen couvre douze matières : droit du marché, droit du commerce électronique, droit des sociétés, droit des sûretés, droit de l'exécution, droit des entreprises en difficulté, droit bancaire,

droit des assurances, droit des marchés financiers, droit de la propriété intellectuelle, droit social, droit fiscal. Pour les auteurs de cet ouvrage, le droit européen des affaires est aujourd'hui plus financier que commercial. En outre, à l'exception des règles encadrant le fonctionnement du marché (droit de la concurrence, du commerce électronique, de la propriété industrielle), la construction européenne en droit des affaires « s'est insuffisamment intéressée à la pratique quotidienne des commerçants et entrepreneurs de l'Union européenne et, plus généralement, de ceux qui ne sont ni banquiers, ni assureurs, ni consommateurs » (Interview de P. DUPICHOT et R. SCHLUZE, à paraître dans *JCP*, éd. E, 2016).

(67) Commission européenne, *L'achèvement du marché intérieur, Livre blanc à l'intention du Conseil européen*, Milan, 28-29 juin 1985.