



« LA CONSTRUCTION EUROPÉENNE NE PEUT SE FAIRE SUR FEUILLE BLANCHE »

ENTRETIEN

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, PROFESSEUR DE DROIT À SCIENCES-PO PARIS

Petites Affiches — Les 15 chefs d'État et de gouvernement réunis au sommet de Tampere en Finlande en 1999 ont décidé de créer d'ici à 2004 un espace de liberté, de sécurité et de justice. À mi-parcours de cette échéance, quelles sont les avancées et les retards dans la construction de cette Europe de la justice, notamment pour les particuliers et pour les entreprises ?

Marie-Anne Frison-Roche — L'enjeu n'est pas vraiment de créer un espace propre aux entreprises et aux règles qui leur sont spécifiques mais d'élaborer un espace judiciaire pour toutes les personnes ordinaires, commerçants ou particuliers. L'idée majeure mise en exergue à l'occasion du sommet de Tampere est qu'une personne ne doit pas avoir plus de difficulté à faire valoir et à faire reconnaître son droit, lorsqu'elle a affaire à un autre État de l'Union européenne, qu'elle n'en rencontre quand elle agit entièrement sur son territoire national.

Certes, cette construction d'un espace judiciaire européen bénéficiera nettement aux entreprises parce que celles-ci ont vocation à avoir des activités qui excèdent leur sol national.

P.A. — Les avancées en matière d'espace judiciaire européen correspondent donc d'abord à une harmonisation des droits ?

M.-A. F.-R. — Il s'agit plutôt d'une meilleure corrélation entre les droits, les procédures, les mécanismes d'exécution, etc. Le terme de « réseau » est le mieux approprié : les nouveaux textes visent à mettre les mécanismes nationaux de procédure en réseau pour faire cesser la situation actuelle dans laquelle les droits des personnes sont de fait compromis lorsqu'elles doivent obtenir l'exercice d'un pouvoir juridique dans deux États membres, comme par exemple obtenir un jugement dans l'un et le faire exécuter dans l'autre, ou bien saisir un juge dans l'un mais solliciter l'obtention d'une preuve dans l'autre. Pour construire cette fluidité, constitutive de l'espace judiciaire européen, les règlements communautaires adoptés en 2000 et en 2001 visent à simplifier et résoudre des complications liées à l'extranéité européenne d'une situation litigieuse.

P.A. — C'est une simplification qui se fait comment ?

M.-A. F.-R. — Le droit communautaire va s'attaquer tout d'abord au droit international privé, en désignant d'office la loi applicable. En cela, le droit européen brise l'objet même du droit international privé, en évitant au justiciable d'avoir à se demander quelle est la loi applicable. Ainsi, le droit communautaire participe au mouvement, parfois décrié, de substantialisation du droit international privé.

Pour prendre d'autres exemples, en matière de procédure, de nouveaux règlements simplifient les procédures de signification et de notification des actes d'un État membre à un autre ou bien améliorent les procédures d'exécution elles-mêmes. Il devient plus aisé de rendre le jugement opposable dans un autre État européen et de le faire exécuter dans celui-ci. L'objectif de Tampere de neutraliser la complexité de la relation procédurale entre États membres est donc en train de se concrétiser.

P.A. — Visiblement l'Europe avance sur ces dossiers puisque depuis le sommet de Tampere ces deux règlements dont vous parlez, celui relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale ainsi que celui concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ont été tous les deux adoptés par le Conseil de l'Union européenne en mai et décembre 2000. Est-ce qu'il y a d'autres textes en question ?

M.-A. F.-R. — On peut encore citer d'autres textes. Ainsi, un nouveau règlement facilite la manière dont une personne va pouvoir recueillir des preuves pour fonder son droit, alors même que ces preuves se situent dans un autre État de l'Union que le sien. La simplification, maître-mot du mouvement d'ensemble, vient alors du fait que la juridiction va pouvoir s'adresser directement à l'autre juridiction européenne et non pas passer par les administrations nationales.

Soulignons encore que, non seulement on a voulu simplifier mais l'on a aussi décidé d'aller très vite. Ainsi, si l'on reprend l'objectif de faciliter les procédures d'exécution et de reconnaissance des jugements sur un autre État membre, alors que la résolution de Tampere ne date que de 1999, le règlement a été adopté le 22 décembre 2000 et est rentré en vigueur le 1^{er} mars 2002. Cela tient presque du miracle juridique, quand on connaît la lenteur d'élaboration du droit communautaire. Mais la baguette magique vient du fait que ces règlements n'ont pas été écrits sur feuilles blanches, imaginés ou discutés point par point, mais ont été la reprise en bloc de conventions européennes. On s'est contenté de communautariser des instruments internationaux déjà bien rodés. Pour reprendre ce dernier exemple du règlement sur les procédures d'exécution et de reconnaissance des jugements, il ne s'agit que de la reprise de la Convention de Bruxelles qui fonctionnait depuis 1968.

P.A. — On cherche donc à diminuer les complications inhérentes au fait qu'une personne doit faire valoir son droit dans l'espace communautaire et non pas seulement dans son sol national. Est-ce l'objectif ?

M.-A. F.-R. — C'est effectivement l'objectif concret qui donne sa cohérence à l'ensemble des textes. Mais cela ne suffira pas à construire véritablement l'espace judiciaire européen. Celui-ci sera pour un deuxième temps.

P.A. — Alors quel est le premier temps ?

M.-A. F.-R. — C'est donc celui de l'élimination des difficultés inhérentes à l'extranéité qui demeure dans les situations juridiques européennes. Comme ce souci est l'objet aussi du droit international, pensé comme organisation de la convergence d'éléments, voire d'intérêts, nationaux divers dans une même situation, la méthode a pu être rapide puisqu'on a cristallisé dans des règlements les textes de conventions européennes. Ce premier temps est donc celui du pain blanc... Le second temps sera beaucoup plus ardu, car il s'agit non plus de faciliter le passage des frontières par les décisions ou les actes mais de lutter contre l'existence même des frontières, soit pour résoudre des problèmes substantiels nés de celles-ci, comme celui des enfants dont les parents divorcés sont des ressortissants de pays européens différents, soit pour accroître en elle-même l'efficacité européenne. À côté de cela, la destruction des frontières par l'établissement d'un marché intérieur paraît presque un jeu d'enfant : ici, l'espace

judiciaire européen supposera que l'autonomie juridictionnelle, c'est-à-dire l'expression même du régalien, s'efface.

P.A. — Pourtant, l'Europe de la justice avance et se construit notamment sur le plan pénal avec des projets très spectaculaires comme le mandat d'arrêt européen. Où en est-on ?

M.-A. F.-R. — On peut effectivement dire que le mandat d'arrêt européen est en quelque sorte en avance sur le mouvement. Cet outil n'était d'ailleurs pas une priorité dans les conceptions du sommet de Tampere. Ce sont surtout les événements du 11 septembre 2001 qui ont mis en évidence la nécessité de faire évoluer plus rapidement que prévu en Europe les mécanismes permettant de lutter contre certaines formes de délinquance... Le mandat d'arrêt européen permettrait l'exécution directe dans un État membre de condamnations pénales prononcées dans un autre. Il ne s'agit plus de reprendre par règlements des accords déjà passés entre États sous forme de conventions internationales pour régler d'une façon générale des problèmes ordinaires d'exécution. Il s'agit d'empêcher les États d'exercer leurs pouvoirs, de rendre effective ou non sur leur sol une décision pénale. Le régalien est plus nettement heurté. Plus encore, alors que le droit non-répressif se concrétise le plus souvent en dehors d'un procès, la corrélation des procédures en la matière pouvant coexister avec la pluralité des droits substantiels, le droit pénal ne prend vie qu'à travers le procès. Ainsi, en communautarisant des outils de procédure pénale, de fait on enclenche un processus d'harmonisation au fond. Par exemple, un mandat d'arrêt européen pourra être efficace alors même que l'incrimination en cause ne figure pas dans les deux États concernés. De ce fait, l'incrimination non prévue dans un État mais pourtant exécutée en son sein va peu à peu se glisser dans celui-ci. C'est pourquoi la liste des infractions pour lesquelles le mandat européen sera admis est très discutée. L'enjeu est donc plus grand qu'en matière civile.

P.A. — Justement, quelles sont les questions soulevées par la construction de l'Europe pénale ?

M.-A. F.-R. — La première question est dogmatique : pourquoi faut-il construire un espace judiciaire pénal ? Deux réponses possibles s'opposent. La première perspective rappelle que l'Union européenne est un sujet de droit, fréquemment lésé par les fraudes à la Communauté commises par des personnes ou des entreprises qui s'attribuent indûment des subventions européennes. La sophistication en la matière ne cesse de croître. C'est donc pour protéger le budget européen qu'on va élaborer des instruments communautaires pour détecter, poursuivre et punir ce type de comportement. Cet espace judiciaire pénal européen renvoie à un espace communautaire répressif au bénéfice de l'Union, protégée alors dans ses intérêts pécuniaires, intérêts dans la défense desquels les États et les citoyens ne sont qu'indirectement concernés.

L'autre idée, qui n'est pas forcément incompatible avec la première, consiste à quitter ces considérations financières pour observer que des criminalités organisées se développent grâce à l'absence de frontières à l'intérieur de l'Europe, trafic de drogue, terrorisme ou prostitution de mineures. Dès lors, puisque ces crimes, qui heurtent beaucoup plus fortement l'ordre public, sont sans frontières, il faut construire en face un espace de procédure pénale, voire de droit pénal dans lequel les frontières s'effacent pareillement.

P.A. — C'est ce que certains juges, comme Renaud Van Ruymbeke dans les affaires de blanchiment ou Jean-Louis Bruguière dans les dossiers de terrorisme dénoncent à leur manière en expliquant que le crime peut circuler librement en Europe, alors que le juge, lui, ne peut toujours pas passer une simple frontière pour le combattre. Dans ce domaine, qu'est-ce qui a été fait depuis Tampere ?

M.-A. F.-R. — Nous avons évoqué le projet du mandat d'arrêt européen, en gestation depuis Tampere, validé à la fin de la présidence belge au sommet de Laeken en décembre 2001, juste après les événements du 11 septembre. Le projet de ce mandat d'arrêt a permis aux 15 pays de l'Union de déterminer une liste d'infractions pour lesquelles il faut que l'absence de frontières pour les délinquants corresponde à l'absence de frontières pour la répression. On y retrouve donc le terrorisme ou le trafic d'êtres humains. Ainsi, les États se retrouvent sur des incriminations communes, ce qui implique d'ailleurs de corréliser l'interprétation qu'ils en donnent.

En outre, pour mener à bien cette lutte contre le crime organisé transfrontalier, il faut pouvoir bénéficier de la coopération des polices : c'est l'objet d'Europol. Il faut aussi une coopération en matière de poursuites : Eurojust, créé au sommet de Nice en décembre 2000, se construit dans ce sens. Mais l'efficacité recherchée prend toujours la forme d'une coopération : il n'y a pas de police communautaire pas plus qu'il n'y a pas de procureur de l'Union.

Les seules matières dans lesquelles on évoque l'établissement d'un procureur européen sont précisément celles qui concernent la fraude aux intérêts financiers de la Communauté, estimant qu'à la défense des intérêts propres de l'Union, doit se dévouer un procureur qui lui soit également propre. On ne semble pas vouloir aller plus loin, en confiant à une seule personne qui serait le procureur de l'Union européenne flanqué d'un véritable parquet européen la charge de défendre non seulement des intérêts financiers et encore la lutte contre le crime organisé transfrontalier.

P.A. — C'est effectivement un point idéologique que l'Union n'arrive pas à dépasser. Il faut noter cependant que l'Europe judiciaire avance dans la lutte contre le crime organisé et notamment contre le blanchiment avec le gel des avoirs qui permet de saisir, de geler, et de confisquer, les produits du crime...

M.-A. F.-R. — Je ne peux ici mieux faire que me référer aux observations que vous avez menées à ce propos avec Olivier de Baynast (*). En effet, la décision-cadre du 17 octobre 2000, instrument communautaire qui contraint d'une nouvelle façon les États, requiert des États de l'Union qu'ils adoptent un dispositif facilitant le blocage d'avoirs dont le lien avec une activité criminelle est démontré. On dépasse donc le cadre de l'exécution des décisions pour essayer de mettre au point une lutte commune contre la criminalité. Cela répond à la structure même de la criminalité, qui est celle d'un réseau, criminalité dans laquelle l'usage des circuits financiers et bancaire est cruciale. Ainsi, les progrès de la régulation européenne en matière financière et bancaire sont relancés du fait de cette interdépendance. L'Europe financière, celle dont certains ont décrié la constitution, avance par souci de l'Europe contre le crime, que les mêmes appellent de leur vœux.

(*) Pierre Rancé, qui a réalisé l'interview est auteur avec Olivier de Baynast de l'ouvrage *L'Europe judiciaire. Enjeux et perspectives*, préface de Jacques Delors, éd. Dalloz, 2001.

P.A. — Le corollaire de ce mandat d'arrêt est l'abandon du principe du refus d'extrader ses propres nationaux pour qu'ils soient jugés dans un autre pays de l'Union. Où en est-on ?

M.-A. F.-R. — Effectivement, le mandat européen permet de pallier les faiblesses des procédures classiques d'extradition, en s'échappant notamment de la règle de la double incrimination, le comportement devant antérieurement être visé dans les mêmes termes par les deux États concernés. Certes, les comportements visés par le mandat européen sont si graves, comme le trafic d'être humain ou le terrorisme, qu'ils sont le plus souvent visés par chacune des législations européennes. Mais de fait, l'automatisme du mandat européen par rapport aux procédures d'extradition privera l'État qui reçoit la demande d'extradition de son contrôle politique, exercé dans des délais parfois malicieusement allongés, quant à l'opportunité de la décision de poursuites ou de condamnations. À travers le droit, on a l'impression que certains États n'entendent toujours pas que d'autres États se mêlent de leurs affaires pénales, si grave et si attesté soit le comportement en cause. On songe bien sûr à l'attitude de la Grande-Bretagne en la matière.

P.A. — On est encore loin d'un tel automatisme. On l'a vu avec les extraditions du jeune Sid Ahmed Rezala réfugié au Portugal et soupçonné de plusieurs meurtres commis en France. On l'a vu également avec le retour en Europe d'Alfred Sirven dans l'affaire Elf et son extradition depuis l'Allemagne et enfin on peut encore le constater avec le dossier de Rachid Ramda incarcéré en Angleterre. C'est d'ailleurs une affaire emblématique car dans celle-ci, de lourdes présomptions pèsent sur cet islamiste présumé qui serait mis en cause dans l'attentat du métro Saint-Michel. Placé sous écrou extraditionnel depuis 7 ans, l'Angleterre, où il s'est réfugié, refuse de l'extrader malgré quatre mandats d'arrêt délivrés contre lui par un juge français. Pourquoi cette situation incompréhensible ?

M.-A. F.-R. — C'est un effet malheureux de l'idée même de frontière, et du lien qui demeure entre la frontière, le régalién et le pouvoir de ne pas coopérer. C'est pourquoi, à travers ces questions procédurales, qui peuvent paraître relever de l'intendance, surtout si l'on est en matière civile et commerciale, on touche le cœur du politique. Cela apparaît plus nettement en matière pénale et c'est pourquoi les résistances sont à la fois plus vives et plus explicites.

Cependant, techniquement, les deux dossiers du civil et du pénal doivent avancer en même temps parce que c'est la même chose de simplifier les procédures d'extradition au pénal et de simplifier les procédures au civil.

P.A. — Revenons donc à la matière civile, où en est-on de cette simplification ?

M.-A. F.-R. — Ce dossier a vraiment bien avancé grâce à la méthode employée, l'Union ne prétendant pas construire sur feuille blanche un mécanisme de notification, de collaboration, de signification et d'exécution, projet qui prendrait des années. Au contraire, elle a communautarisé les conventions européennes préalables, les délais pour le faire devenant ainsi très brefs, alors même que le règlement est d'ordinaire un instrument communautaire — du fait que son contenu est détaillé et doté d'effet direct — plus long et plus difficile à élaborer qu'une directive. Concrètement, ces questions ont pu être traitées avec succès parce que quelque chose existait déjà. Cela montre que la construction européenne ne peut se faire sur feuille blanche.

P.A. — Vous avez un exemple significatif ?

M.-A. F.-R. — C'est de cette façon que le règlement communautaire sur les procédures d'insolvabilité remplace la Convention européenne sur la faillite. L'objet en est d'ailleurs limité, autre condition sans doute pour avancer rapidement : il ne s'agit pas d'organiser une faillite communautaire mais de fixer les règles de droit international privé en la matière, en déterminant les compétences et les législations applicables. Ainsi, il y a une procédure principale dans le pays où l'entreprise a son principal établissement, avec la présomption qu'il s'agit du territoire sur lequel elle a fixé son siège social, corrélée avec des faillites secondaires dans les autres pays où se trouvent les établissements secondaires. On comprend bien qu'il aurait été impossible en quelques mois de bâtir une procédure collective européenne. Les États n'accepteraient pas si facilement un tel projet. En outre, il n'est pas acquis que l'Europe se construise mieux en évoquant dans des instruments communautaires propres (une véritable procédure collective européenne dans le cas précis) des pouvoirs nationaux enracinés chacun dans leur histoire. La solution, soit d'attente, soit de sagesse, est plutôt de rendre les législations compatibles et d'articuler les procédures.

C'est pourquoi le temps est sans doute venu où la construction européenne se fera essentiellement par la procédure, pour le motif concret précité qu'elle affecte les situations des personnes ordinaires pour lesquelles l'Europe doit être faite, et pour la raison plus fondamentale qu'elle permet la corrélation générale en laissant respirer les traditions juridiques nationales.

En communautarisant les conventions européennes en matière de droit international privé et de procédure, on sert ces deux idées. La méthode est assez douce quant à la nature des décisions, puisque les conventions existaient antérieurement mais son efficacité vient de sa forme même. En effet, le règlement assure un effet contraignant et direct sur les États et les nationaux, portée dont une convention peut être dépourvue.

Ce faisant, la procédure est le premier pas vers le substantiel et faire admettre le premier stade sous prétexte qu'il n'est que le premier stade, c'est en réalité déjà préparer et admettre le principe du second. Prenons deux exemples. Un règlement communautaire a repris les termes d'une convention européenne concernant l'exécution des décisions sur les droits de visite et d'hébergement transfrontaliers des enfants. En transformant l'outil en règlement, on commence à faire entrer le droit de la famille dans l'escarcelle communautaire. Plus encore, le texte prévoit une délégation de compétence à la Cour de justice des Communautés européennes pour l'interprétation du texte, et nous savons le pouvoir créateur qui s'attache nécessairement à la tâche d'interprétation.

De la même façon, le règlement communautaire sur l'insolvabilité, sur la faillite donc, montre tout à la fois qu'on reste au seuil de la procédure, même dans cette matière qui est au cœur du droit économique, en ne cherchant qu'à neutraliser les complications engendrées par la multiplicité de procédures collectives dans différents États membres, et en même temps, la perspective d'une faillite européenne se rapproche peut-être. Il y a acclimatation, et cela est essentiel.

Ainsi, en apparence et techniquement, pour gagner du temps et s'en tenir à la seule ambition d'efficacité, la construction n'est qu'outils procéduraux remis dans des conventions, et en même temps, ce faisant, on rend possible et l'on acclimats la perspective d'une construction plus radicale, c'est-à-dire la construction d'outils substantiels (un droit de la faillite européen,

un droit de la famille européen) qui resterait à inventer et pour l'élaboration desquelles la lenteur européenne va recouvrer ses habitudes.

Pour mieux expliciter la situation, on peut dire que pour l'instant, le droit de l'Union européenne s'est construit sur des règles juridiques substantielles très fortes, très puissantes, très violentes, essentiellement autour du droit de la concurrence, et pour l'élaboration desquelles beaucoup d'énergies et de temps sont consacrés en permanence. Il suffit d'évoquer la réforme du règlement sur le contrôle des concentrations ou celui sur les règles d'interprétation des interdictions des comportements anticoncurrentiels. D'un autre côté, d'une façon semblant plus *soft*, on reprend sous forme de règlement des accords qui non seulement étaient préexistants mais ne touchaient pas au fond du droit. La dichotomie paraît très forte. Mais, dans ce second volet, rapidement adopté, peu contesté, se profile sans doute des instruments communautaires véritables, comme une procédure collective européenne. Certes, cela ne se fera pas aisément. De la même façon que nous n'avons pas de « procureur de l'Union », nous n'avons pas une sorte de « Tribunal de commerce de l'Union ». Il s'agit ici de souligner simplement que les idées s'acclimatent.

Cela ne sera pas sans effet sur la construction européenne, dont l'idée passera d'autant mieux qu'elle pourra être liée à la perspective de simplification des situations quotidiennes des personnes alors qu'elle est pour l'instant à l'impression d'une complication de celles-ci, surtout pour les entreprises.

P.A. — Précisément, dans le souci de simplifier la vie des entreprises ou des particuliers, la Commission européenne a présenté aux États membres une proposition pour simplifier le recouvrement des créances lorsque le débiteur appartient à l'un des États de l'Union. Vous pouvez nous en dire plus ?

M.-A. F.-R. — Ce projet est l'illustration de ce mouvement du simplement procédural vers des outils plus substantiels, qui me semble être le principe de l'évolution générale. Il s'agit en effet non plus seulement de faciliter la notification ou l'exécution dans un État membre d'un jugement obtenu dans un autre État mais d'instaurer un mécanisme par lequel on va pouvoir obtenir directement un paiement dans un État en produisant un titre ayant ce pouvoir sur l'ensemble du territoire de l'Union. On pourrait alors disposer d'un titre exécutoire européen, directement efficace. On dépasserait ainsi le seul effet des conventions de procédure communautarisées, consistant dans une simplification de la procédure d'exequatur mais pas dans sa suppression.

P.A. — Justement, en ce qui concerne ce titre exécutoire européen, comme d'ailleurs la saisie conservatoire européenne, où en est-on ?

M.-A. F.-R. — Vous avez raison de lier les deux projets car il n'est utile de disposer d'un titre exécutoire européen que si l'on peut en ménager l'efficacité en disposant de l'instrument de saisie conservatoire. On voit bien ici qu'en partant de l'idée procédurale d'efficacité des simplifications d'exécution, on débouche assez naturellement sur l'idée d'efficacité directe des jugements, puis sur l'idée d'efficacité directe des titres exécutoires au-delà de la catégorie de jugements, par une communautarisation de l'injonction de payer, puis sur l'idée des voies d'exécution communautaires. Se glisse alors le droit des biens, directement concerné, mais

aussi le droit des obligations, souvent évoqué dans les difficultés des saisies conservatoires. En généralisant du jugement à la notion de titre exécutoire, on est passé de la procédure au droit civil.

P.A. — Quels sont les autres règlements qui ont été adoptés à partir notamment des conventions dites de Bruxelles I et II ? D'abord, que couvraient-elles quand elles ont été signées en 1968 et 1998 ?

M.-A. F.-R. — Si l'on quitte la considération des projets pour revenir aux textes effectivement adoptés, l'essentiel est donc l'adoption des deux règlements sur les exécutions des décisions. Le premier règlement porte sur les créances civiles et commerciales d'une façon générale. C'est ce qu'on appelle le règlement de Bruxelles I, parce qu'il est la reprise de la Convention de Bruxelles signée en 1968 pour l'exécution des décisions des créances civiles et commerciales. On ne modifie pas les dispositions de la convention, visant à simplifier considérablement la procédure d'exequatur pour faire reconnaître dans un État européen un jugement rendu dans un autre État européen, mais on accroît la portée du dispositif, du seul fait qu'il s'agit désormais d'un règlement communautaire.

P.A. — Et le règlement de Bruxelles II ?

M.-A. F.-R. — Cette appellation désigne le règlement qui reprend la Convention de 1998 sur l'exécution des décisions concernant les couples transfrontaliers. Comme je l'ai exposé précédemment, l'objet quitte la pure procédure pour aborder une branche du droit substantiel, ici le droit de la famille. Mais nous sommes encore dans l'entre-deux du procédural et du substantiel. En effet, il ne s'agit plus de règles de procédures indifférentes à l'objet sur lequel portait le litige, comme c'était le cas dans le règlement de Bruxelles I, et l'on voit bien qu'il s'agit du problème très concret des couples divorcés qui se disputent les enfants entre ou grâce aux frontières. Plus concrètement encore, on a à l'esprit les difficultés nées des différences au fond du droit allemand du divorce par rapport à d'autres droits substantiels, problème qui réapparaît de façon récurrente dans les discussions internationales et diplomatiques. Mais pour régler cette difficulté, cauchemar pour certains parents et certains enfants, vous voyez bien qu'il faut aller au-delà d'une perspective d'efficacité des jugements, cette efficacité procédurale fût-elle teintée de l'objet familial sur lequel elle s'applique : il faut attaquer directement la teneur des droits nationaux, faire plier les conceptions nationales des rapports de famille, des rapports entre le couple au regard des enfants, etc., pour harmoniser vraiment et créer un équilibre européen en la matière. Si l'on arrive à cela, on sera passé du pur procédural au pur substantiel, le règlement de Bruxelles II en ayant constitué l'entre-deux.

On en est loin, sans doute. Certes, le fait que, comme je l'ai souligné, la Cour de justice des Communautés européennes dispose d'un pouvoir d'interprétation pour les termes du règlement, pouvant alors se superposer et dominer les interprétations nationales sur ces dispositions, en matière de pensions alimentaires par exemple, peut concourir grandement à ce passage. En effet, la Cour de justice va créer une interprétation uniforme qui aura vocation à pénétrer pareillement dans chaque droit national. En outre, la Cour de justice va ainsi se familiariser avec ces questions qui, pour l'instant, sont très extérieures à ses domaines habituels de compétence, ce qui peut la préparer à des extensions ultérieures de pouvoirs en la matière.

En cela, ce règlement de Bruxelles II, dont l'objet est plus étroit que ceux des autres textes, est aussi le plus prometteur, parce qu'il s'attache à la simple perspective de coopération procédurale entre les États.

P.A. — Selon vous, l'harmonisation de simples règles de procédure comme d'ailleurs la simple cristallisation des règles des droit international privé ne suffisent pas à construire un espace judiciaire européen ?

M.-A. F.-R. — En effet, la simplification des effets des frontières n'équivaut pas à la suppression de ces mêmes frontières. Pour prendre un exemple, un véritable espace judiciaire européen suppose non plus la simplification des exequatur mais leur suppression. De la même façon, pour toutes les branches du droit qui ne s'expriment que sous une forme judiciaire, ce qui n'est certes pas le cas du droit général civil et commercial, mais correspond au droit pénal, ou au droit de traitement des difficultés des entreprises, ou au droit du divorce, il n'y aura un véritable espace judiciaire européen que par l'audace de deux perspectives : soit les différents organes nationaux appliquent un droit substantiellement harmonisé, soit on conçoit et instaure des organes communautaires dont la compétence n'aurait pour limite que les frontières de l'Union elle-même. Sans doute, les réflexions en matière de droit de la famille ou de droit des obligations empruntent la première branche de l'alternative, tandis que les réflexions autour d'un procureur européen ou la compétence précitée de la Cour de justice des Communautés européennes sur le règlement de Bruxelles II se rapprochent de la seconde branche. En tout cas, l'Europe est de moins en moins simplement économique, à supposer qu'elle n'ait jamais été que cela.

P.A. — Il y a également un autre règlement important qui concerne la preuve, cette fois en matière civile et commerciale...

M.-A. F.-R. — Oui, ce règlement communautaire est plus récent que les précédents puisqu'il a été adopté le 28 mai 2001 et porte sur l'obtention des preuves en matière civile et commerciale. Ce règlement permet désormais à des juridictions nationales de faire l'économie d'une demande à l'administration d'un autre État membre pour obtenir une preuve nécessaire. Là aussi, s'ouvre une alternative : soit la juridiction nationale demande directement à la juridiction de l'autre État membre, laquelle doit non seulement procéder à la mesure d'instruction mais encore y procéder dans un certain délai, soit le magistrat de la première juridiction peut aller chercher la preuve lui-même sur le sol de l'autre État membre. On est loin des procédés classiques de coopérations judiciaires, de leur lourdeur et de leur facile paralysie.

Il est vrai que le dispositif ne vaut que pour la matière civile et commerciale mais permettez-moi de revenir encore et toujours sur ce thème de l'entre-deux, entre le procédural et le substantiel. En effet, la preuve est le moyen procédural de constituer le fond du débat, ce qui permet d'opérer la connexion entre le fait et le droit. Il est ce par quoi les droits sont effectifs, ce qui explique que le système probatoire soit à la fois exposé dans tous les codes de droit substantiel — Code civil, Code de commerce, Code de travail, etc. — et dans tous les codes de procédure. Là encore, en débordant des problèmes de notifications, exécutions, etc., pour traiter les questions de preuve, le droit communautaire se rapproche de plus en plus du fond du droit commun.

P.A. — Pour revenir au rôle de la C.J.C.E. dans la construction de l'espace judiciaire européen et pour bien le comprendre, quelles sont, selon vous, les dernières décisions significatives de la Cour et du Tribunal de première instance des Communautés ?

M.-A. F.-R. — Il y a eu effectivement en l'espace de quelques semaines une salve de décisions prises soit par le Tribunal soit par la Cour. Elles vont dans le sens d'une extension du droit communautaire, soit dans le sens de l'accroissement de l'emprise du droit communautaire, par exemple par le recours individuel en annulation des textes communautaires, soit dans le sens de l'accroissement des questions sur lesquelles le droit communautaire tranche, par exemple les conditions de validité des actions spécifiques (*golden shares*) dans les entreprises nationales privatisées, ce qui relève de la liberté de circulation des capitaux mais aussi du droit des sociétés.

Pour préciser, le Tribunal de première instance des Communautés européennes, dans son arrêt du 3 mai 2002, *Jégo-Quéré*, a donc accru le recours individuel en annulation des textes communautaires, en assouplissant la démonstration requise d'un effet direct et individuel du texte sur la personne. Il faut désormais et il suffit que la disposition communautaire, alors même qu'elle est générale, affecte d'une manière certaine et actuelle sa situation juridique en restreignant ses droits ou en lui imposant des obligations. Ainsi, une décision générale en matière de zone de pêche peut être efficacement attaquée par une société de pêche.

Du point de vue pragmatique, la reconnaissance de ce type de recours individuels se justifie par économie, puisque de toutes les façons, si l'entreprise méconnaît le texte communautaire et qu'elle est poursuivie à ce titre, elle pourra exciper en défense la non-conformité de ce texte. Autant lui accorder directement un droit d'action, cela évite un détour. Plus fondamentalement, l'arrêt se réfère au droit de saisir un juge, et l'argument dogmatique est aussi puissant que l'argument pragmatique. En effet, si une personne estime que le texte qu'on veut lui imposer n'est pas conforme, elle doit pouvoir trouver un juge pour l'écarter. Le principe de légalité et le droit au juge convergent pour fonder la solution, le Tribunal s'offrant le luxe de viser la Charte des droits fondamentaux, avant même que celle-ci ne soit formellement insérée dans l'ordre juridique, en tant qu'elle traduit l'évolution d'un droit communautaire réconcilié avec le droit du Conseil de l'Europe et de la Convention européenne des droits de l'homme. On retrouve ici sur un autre plan cette convergence qu'on a relevée à travers la communautarisation par règlements de conventions européennes. Les deux Europe ne cessent de se rapprocher. L'arrêt illustre cette intégration communautaire supplémentaire qui exprime aussi une sorte d'humanisation du droit communautaire.

L'attention a aussi été portée sur les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes rendus le 4 juin 2002 sur les *golden shares*. Il s'agit des législations nationales par lesquelles l'État s'assure du contrôle du capital d'entreprises, généralement à l'occasion d'une privatisation, en soustrayant une partie du capital au fonctionnement ordinaire du marché (d'où l'expression d'« action spécifique » ou « *golden share* ») pour assurer un intérêt général. L'État français avait procédé ainsi pour le capital de TotalFinaElf. La Cour approuve sur le principe, car la sécurité de l'approvisionnement et de la distribution du gaz et du pétrole justifie que la liberté de circulation du capital trouve des limites. Mais les modalités retenues étaient excessives puisque le ministre pouvait à tout moment s'opposer à une cession ou la défaire, sans avoir à motiver l'usage de ce pouvoir. La Cour a estimé qu'il y avait là violation du principe de

proportionnalité et du principe de sécurité juridique. Ainsi, le droit communautaire des sociétés, qui avance à travers des projets de textes sur le marché financier, les offres publiques transfrontalières, etc., avance aussi par la jurisprudence ordinaire des grandes libertés communautaires.

P.A. — L'autre décision importante prise également par le Tribunal de justice des Communautés est celle qui concerne la fusion de deux voyagistes anglais refusée par la Commission de Bruxelles. De quoi s'agit-il ?

M.-A. F.-R. — Par cet arrêt du 6 juin 2002, le Tribunal de première instance des Communautés européennes sanctionne le refus que la Commission avait opposé à un projet de concentration entre deux voyagistes anglais. C'est la première décision de censure en la matière. Le Tribunal reproche à la Commission sa méthode, ses pétitions de principe, ses « nombreuses erreurs d'appréciation ». Ce contrôle est déjà fermement assuré en ce qui concerne les comportements anticoncurrentiels, pour lesquels la Cour vérifie le sérieux probatoire de la méthode de la Commission, laquelle a tendance à remplacer les preuves de fait par des raisonnements hypothétiques, fondés sur des théories économiques plus ou moins contestables, des théories parfois minoritaires, des théories dont certains disent que la Commission les utilise lorsqu'elle en a besoin. Par son arrêt du 6 juin, le Tribunal de première instance, comme il l'avait fait pour les comportements anticoncurrentiels, rappelle à la Commission qu'elle ne peut pas exercer un pouvoir aussi considérable que celui qu'elle exerce en matière de concentrations sans se donner la peine d'apporter des preuves de ce qu'elle avance. Paradoxalement, même si la Commission peut être mécontente de cette décision de censure du Tribunal de première instance, elle en tire tout de même un motif à son avantage pour répondre aux critiques qui lui sont faites par ailleurs de concentration excessive des différents types de pouvoirs (politique, administratif, juridictionnel) : cet arrêt du Tribunal de première instance à son encontre est la preuve que la Commission a bien au-dessus d'elle un juge effectif, celui du Tribunal de première instance et celui de la Cour de justice des Communautés européennes, qui exerce sur elle un contrôle fort et fonde ainsi le pouvoir de la Commission.

P.A. — Vous avez évoqué la Charte des droits fondamentaux, qui a été proclamée à l'occasion du sommet de Nice de décembre 2000. Un autre instrument important pour la construction juridique de l'Europe a été créé à Nice, c'est la société européenne. De quoi s'agit-il ?

M.-A. F.-R. — Voilà une avancée pleinement substantielle du droit communautaire puisqu'on a créé une nouvelle forme sociétaire qui est la société européenne. Cette société entre dans la classification typologique des sociétés puisqu'à partir de 2004 le règlement et la directive qui ont été adoptés à la suite du sommet de Nice rendront la société européenne (S.E.) disponible dans les droits nationaux de tous les pays de l'Union, insérée dans la liste des sociétés disponibles à la volonté des associés. La société européenne est remarquable parce qu'elle est véritablement de « nationalité » européenne, dispensant les entreprises de constituer des filiales pour leurs divers établissements implantés dans différents États de l'Union européenne. Cette forme sociétaire a été conçue pour les entreprises ayant des activités économiques dans plusieurs États membres, notamment à l'occasion des fusions. En cela, l'idée politique est de favoriser, par la mise à disposition d'un instrument juridique *ad hoc*, la constitution de grandes entreprises européennes, lesquelles sont la condition pour que le marché de l'Union euro-

péenne ne soit pas seulement un espace de libre-échange mais correspondent à un marché plein, c'est-à-dire occupé par des opérateurs de dimension européenne et mettant en œuvre une stratégie naturellement européenne.

P.A. — Pourquoi a-t-il fallu attendre trente ans pour que cette société européenne voit le jour ?

M.-A. F.-R. — Pendant des décennies, les États n'étaient pas d'accord sur les règles de fonctionnement d'une telle société européenne. C'est finalement un modèle proche du modèle allemand qui l'a emporté, structure dans laquelle les salariés ont non seulement des droits d'information mais encore un pouvoir de décision dans les organes sociétaires, ainsi que le pouvoir de s'opposer à certaines décisions, notamment lorsqu'une fusion est envisagée. Là encore, la réforme se justifie pragmatiquement, parce que la société européenne sera une économie pour les entreprises qui pourraient échapper à cette obligation de créer des filiales nationales. Des économies fiscales et des économies de fonctionnement juridique seront aussi réalisées. Du point de vue méthodique, on a souligné que l'Europe ne peut se construire par un accroissement incessant de la complexité des règles. La société européenne est une simplification pour la vie des entreprises. En cela, par une toute autre voie, elle rejoint la volonté de Tampere d'une Europe qui simplifie notre vie et nos actions. Enfin, fondamentalement, il s'agit aussi de promouvoir un certain modèle européen de la *corporate governance*, modèle dans lequel les salariés ont leur part, dans cet équilibre très disputé entre un pur rapport des dirigeants sociaux et des associés (*shareholders*) ou un rapport plus complexe mais aussi beaucoup plus difficile à contrôler entre les dirigeants sociaux et tous ceux qui ont un intérêt dans l'entreprise (*stakeholders*).

P.A. — Quel est le rôle du réseau judiciaire civil et commercial mis en place au sein de l'Europe ?

M.-A. F.-R. — En revenant sur cette question là, on mesure les trois voies de construction de l'Europe, tout d'abord par des instruments *ad hoc* (comme la société européenne, acquis, ou le projet de procureur européen, toujours discuté), puis par une harmonisation des règles (faite en matière de concurrence, en marche pour les sociétés, en projet pour le droit de la famille) et enfin par la constitution de réseaux, répondant au souci premier de l'efficacité du droit et de ses organes, face à des organisations ou à des comportements relevant désormais eux aussi de la figure du réseau.

On a déjà évoqué le règlement communautaire du 28 mai 2001, améliorant la situation des personnes qui doivent fonder leur prétention par des preuves. En affirmant que la juridiction nationale pourra directement prendre contact avec la juridiction d'un autre État membre, voire que ses magistrats pourront se déplacer et agir sur le sol de celui-ci comme s'ils étaient sur le leur, on a bien établi un mécanisme de réseaux entre juridictions nationales. Elles sont directement connectées les unes aux autres, sans plus passer par les administrations centrales. L'*imperium* des juges trouve un nouvel espace, l'espace de l'Union européenne, que l'on soit en matière civile, commerciale ou pénale. Nous avançons ainsi vers le second stade, celui d'un *juris-dictio*, qui pourrait s'étendre sur ce même espace, mais cela suppose une meilleure harmonisation des droits.

P.A. — Alors que reste-t-il à faire ?

M.-A. F.-R. — Pour l'instant, pour en rester à l'acquis, le droit communautaire s'est attaqué à la simplification de la grande machine procédurale. L'ironie est sans doute que le droit communautaire réussit donc à simplifier les droits nationaux, dans les rapports que ceux-ci ont les uns avec les autres (exequatur, notification, extradition, etc.) alors qu'il s'enfonce dans de plus en plus de complexité (droit des télécommunications, régulation postale, réorganisation de l'application des interdictions de comportements anticoncurrentiels, etc.). Pour traduire le mouvement dans une formule familière, le droit communautaire va simplifier chez les autres mais pas chez lui, il balaie chez les États membres mais quant à son propre pas de porte...

En cela, le droit communautaire, dans son « cœur de métier », c'est-à-dire le droit de la concurrence, complique singulièrement la vie des entreprises de dimension européenne. On sait, mais l'observation est également valable pour les procédures aux États-Unis, que le contrôle des concentrations est devenu si complexe, sans pour autant diminuer son caractère aléatoire, que des projets de fusion sont abandonnés par des entreprises. De plus, le droit communautaire se présente le plus souvent pour les entreprises sous la forme de la répression, notamment celle des ententes et des abus de position dominante, ce qui ne facilite pas la bonne perception que les entreprises ont de ce droit. Le droit européen des entreprises a pour l'instant surtout pris la forme d'un droit de contrôle des entreprises, ce qui est certes une façon de faire leur bien malgré elles, mais qui rend sa réception assez difficile. Le fait que l'Europe avance vers un espace judiciaire pénal n'est pas forcément bien perçu non plus.

En revanche, la société européenne sera un véritable instrument au service des entreprises, ce qui devrait permettre un meilleur rapport des entreprises et du droit européen. Mais les entreprises sont en droit d'attendre beaucoup plus de l'Europe, plus d'aide et moins de coups de bâton. Or, les entreprises ne bénéficient pas encore d'un droit européen des marchés financiers, nous n'avons pas encore un droit européen des O.P.A., le droit social européen reste embryonnaire. Pour l'instant les entreprises essaient de faire en sorte que le premier pas qu'elles ont fait dans cet espace judiciaire européen et qui leur a occasionné beaucoup d'incertitude, de coût et de complexité, soit suivi d'un deuxième pas, d'une deuxième étape où là, on leur simplifierait la vie.

P.A. — Et comment pourrait-on simplifier la vie des entreprises dans l'espace européen ?

M.-A. F.-R. — Par exemple dans la construction d'un marché financier européen, permettant aux entreprises de taille européenne d'avoir un accès au financement et au pouvoir analogue à ce que le marché financier nord-américain offre aux entreprises nord-américaines. Dans cette perspective et à travers la nouvelle technique communautaire de « comitologie », technocratique certes mais efficace, le comité C.E.S.R. a été constitué pour unifier les offres publiques, à travers des règles communes d'élaboration des prospectus, mais encore, dans un projet plus ample, pour créer des règles communes des valeurs mobilières, voire, ambition jusqu'ici non exprimée en Europe, pour établir ce qui serait un droit des sociétés unifié en Europe autour de principes directeurs. La même marche est prise pour ce qu'on appelle abusivement un « Code civil » européen. Si l'on en reste à la matière financière, ce sont des travaux qui avancent très vite, la réussite des réflexions pouvant à terme se traduire institutionnellement, par exemple, par la transformation de C.E.S.R. en une sorte de C.O.B. européenne.

Pour tenter de ramasser cette grande fresque en une impression, disons que pour le moment les petites entreprises ne ressentent pas trop le droit communautaire, la perspective immédiate étant de les faire bénéficier d'une simplification procédurale dans l'exécution des actes, projet qui doit bénéficier à l'ensemble des citoyens européens. À l'inverse, les grandes entreprises transnationales, qui ressentent fortement le droit communautaire parce qu'elles vivent sous son contrôle et en développent de ce fait une vision plutôt négative, n'ont pas de raison d'en avoir une perception plus laudative tant que le droit communautaire n'aura pas construit pour elles un droit suffisamment unifié, en droit des sociétés, en droit d'opérations sur le marché, en droit des instruments financiers.

Ainsi, contrairement à une première impression, pour que l'Europe soit supportable, il ne faut pas qu'elle s'arrête en chemin, il faut qu'elle se développe pour cesser de n'être qu'un instrument de contrôle de l'action des entreprises et pour devenir un système complet qui soit aussi à leur service.

Propos recueillis par Pierre RANCÉ

Petites affiches

Le rendez-vous quotidien des professionnels du droit

■ 5 FOIS PAR SEMAINE

- *doctrine, notes et chroniques* rédigées par des universitaires de renom et les meilleurs praticiens du droit,
- *l'actualité professionnelle et législative*,
- *les Dossiers de l'Europe* pour comprendre les grands débats de la construction européenne,
- *les numéros spéciaux* font régulièrement le point sur une question d'actualité ou un débat juridique,
- *les informations légales* pour suivre la vie juridique des sociétés,

■ EN LIGNE

Téléchargez le journal du jour sur www.petites-affiches.com et retrouvez :

- *l'original du cahier d'annonces légales* et suivez directement la vie des sociétés,
- *les 10 dernières parutions*,
- *les numéros spéciaux*,
- *les Dossiers de l'Europe*,
- *les hors-série*



LES ARCHIVES DE LA RÉDACTION EN LIGNE

- *les archives pour mener vos recherches directement en ligne.* Grâce à des mises à jour régulières vous bénéficiez d'un fonds documentaire réactualisé en permanence.

NOUVEAU



■ 1 CD ROM ANNUEL =

STOCKER, TROUVER, IMPRIMER :

Support d'archivage et outil de recherche, il comprend :

- *plus de 6000 articles de doctrine*,
- *toute la jurisprudence du Quotidien Juridique, depuis 1994*
- *le mode de recherche «full-text» et une ergonomie soignée offrent un accès facile et une exploitation pratique des informations publiées.*

Petites affiches
LES JOURNAUX JUDICIAIRES ASSOCIÉS

SERVICE DIFFUSION : 2, RUE MONTESQUIEU 75041 PARIS CEDEX 01
TÉL.: 01 42 61 88 00 - FAX : 01 42 92 03 91
e mail : diffusion@petites-affiches.com