**Zeitschrift:** Revue économique et sociale : bulletin de la Société d'Etudes Economiques et Sociales

**Herausgeber:** Société d'Etudes Economiques et Sociales

**Band:** 30 (1972)

**Heft:** 1

**Artikel:** Marché commun, nationalité des sociétés et sociétés suisses

**Autor:** Mercier, Pierre

**DOI:** https://doi.org/10.5169/seals-136907

**Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

**Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

**Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

**Download PDF:** 07.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch**

# Marché commun, nationalité des sociétés et sociétés suisses[1]

Pierre Mercier
avocat, professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Lausanne

Parler de la nationalité des sociétés amène à s'interroger sur les critères qui permettent de rattacher une société à un Etat donné.

Indépendamment de la protection diplomatique que cet Etat peut assurer, ce rattachement est important à deux points de vue essentiels:

*1.* Il permet tout d'abord de désigner la loi personnelle de la société. Des auteurs parlent à cet égard du statut juridique de la société. Il importe avant tout de savoir quelle loi régit le contrat de société, les rapports entre associés, le fonctionnement interne de la société.

On est placé à cet égard sur le plan des conflits de lois.

*2.* Le rattachement d'une société à un Etat permet ensuite de fixer ce que des juristes appellent son statut politique: en d'autres termes, il s'agit de distinguer entre les sociétés nationales et les sociétés étrangères pour déterminer ensuite dans quelle mesure ces dernières peuvent bénéficier des mêmes droits que les sociétés « nationales ».

Le terrain est ici celui de la jouissance des droits.

Or c'est précisément à propos de la jouissance des droits que l'avènement du Marché commun a eu les incidences les plus marquées dans le domaine de la nationalité des sociétés. Cela n'est pas étonnant: du moment que le Marché commun était destiné, dès le départ, à devenir un ensemble économique cohérent et distinct, un vaste marché intérieur comportant un certain nombre d'avantages précis, il était normal que les auteurs des traités se soient efforcés de déterminer le cercle des bénéficiaires, de préciser quels agents économiques appartiennent à la Communauté et lesquels lui sont étrangers. Les règles posées à cet égard — en tant qu'elles visent les sociétés — touchent indiscutablement à la nationalité de ces dernières. On pourrait se risquer à dire « la nationalité européenne des sociétés » ou si on préfère une terminologie moins juridique et par conséquent moins compromettante, la « couleur européenne » des sociétés.

On saisit là immédiatement l'importance de la question pour les entreprises suisses. Suivant en effet les critères qui seront finalement retenus, nos sociétés auront plus ou moins largement accès à ce vaste marché intérieur. Leur capacité concurrentielle sera augmentée ou diminuée selon les formes que pourront revêtir leurs activités économiques dans la Communauté.

---

[1] Sujet d'une conférence donnée par l'auteur aux Soirées d'études juridiques le 26 octobre 1971 à Lausanne.

Il importe d'examiner tout d'abord les règles posées par les Traités de Paris et de Rome [1] et les textes qui en découlent en matière de nationalité des sociétés.

On verra ensuite de plus près certaines des conséquences que ces règles peuvent avoir pour les sociétés suisses.

## I. Les règles des Traités de Paris et de Rome et des textes qui en découlent

Dans la CECA et l'Euratom la seule implantation géographique des activités d'une entreprise ou de l'une de ces activités dans l'espace communautaire suffit pour la rendre justiciable des règles des traités.

Il s'agit là d'une conception purement économique et géographique du rattachement des entreprises aux Communautés.

La notion d'allégeance juridique ne réapparaît qu'au moment où le Traité Euratom, à l'article 97, pose au profit des ressortissants des Etats membres le principe de la libre circulation des services dans le domaine de l'industrie nucléaire et lorsque ce même traité prévoit aux articles 45 et suivants le statut d'entreprise commune pour certaines entreprises revêtant « une importance primordiale pour le développement de l'industrie nucléaire dans la Communauté ».

Dans la CEE, l'article 58 du Traité de Rome est une disposition de première importance sur le plan de la jouissance des droits. Cet article permet en effet de distinguer, dans le domaine de l'établissement, les sociétés qui appartiennent à la Communauté de celles qui relèvent des Etats tiers et qui, elles, deviennent les sociétés étrangères.

Le premier alinéa de cet article dispose ce qui suit: « Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté, sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissant des Etats membres. »

Du moment que ce texte assimile les sociétés aux personnes physiques, il faut dire deux mots du sort qui est fait à ces dernières. Pour les personnes physiques, la libération de l'établissement et des prestations de service est subordonnée à un double lien:

— le lien juridique de la nationalité de l'un des Etats membres;

— le lien économique que constitue l'existence d'un établissement sur le territoire de la Communauté (cf. article 52 du Traité).

Or, l'article 58 n'exige pour les sociétés que le lien juridique. En effet la fixation du siège réel, que le texte appelle administration centrale, ou de l'établissement principal, ou des deux à la fois, en dehors de la Communauté n'empêche pas la société d'être assimilée aux ressortissants des Etats membres pour bénéficier du droit d'établissement et de la libre prestation des services. Pour qu'une société puisse invoquer le principe de l'assimilation, deux conditions sont ainsi suffisantes aux termes de l'article 58:

---

[1] Traité de Paris du 18 avril 1951 instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) et les deux Traités de Rome du 25 mars 1957 instituant l'un la Communauté économique européenne (CEE), l'autre la Communauté de l'énergie atomique (CEEA ou Euratom).

— selon la première, la société doit avoir été constituée en conformité de la législation d'un Etat membre;

— selon la seconde, cette société doit avoir son siège statutaire à l'intérieur de la Communauté.

Or ces deux conditions — de nature purement juridique — n'en font en réalité qu'une car les lois des six Etats membres exigent que toute société qui se constitue selon leurs règles, fixe son siège statutaire dans le pays dont la loi est suivie. Dès lors, selon l'article 58, la constitution selon la loi d'un Etat membre suffit pour conférer à la société l'assimilation aux ressortissants, personnes physiques, du même Etat.

Il a été très vite reproché à l'article 58 de permettre trop facilement la pénétration économique de la Communauté par des entreprises sans rattachement économique sérieux avec elle. C'est ainsi qu'une société entièrement en mains américaines, ayant son siège réel à New York et son siège statutaire à La Haye, pourrait s'établir partout dans la CEE en vertu du principe d'assimilation posé par l'article 58. Et cette pénétration économique serait d'autant plus aisée que, depuis une loi du 25 juillet 1959, les Pays-Bas sont le seul des six Etats membres à avoir remplacé le critère du siège réel par celui du siège statutaire en matière de nationalité des sociétés. Il serait dès lors aisé de donner la nationalité néerlandaise à une société dont seul le siège statutaire serait fixé aux Pays-Bas alors que l'administration centrale demeurerait à l'étranger.

Dans ces conditions, le lien économique que l'article 58 omet en quelque sorte d'imposer devait être bientôt rétabli par les deux Programmes généraux pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services, arrêtés par le Conseil le 18 décembre 1961. Selon ces textes la suppression des restrictions à la liberté d'établissement (ou à la libre prestation des services) doit être réalisée au bénéfice des « sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté à condition que, dans le cas où elles n'ont que leur siège statutaire à l'intérieur de la Communauté, leur activité présente un lien effectif et continu avec l'économie d'un Etat membre, étant exclu que ce lien puisse dépendre de la nationalité, notamment des associés ou des membres des organes de gestion ou de surveillance ou de personnes détenant le capital social ». La même condition est exigée pour la création d'agences, de succursales ou de filiales sur le territoire d'un Etat membre. Il est précisé aussi que le service doit être exécuté par le prestataire lui-même ou par une de ses succursales ou agences également établies dans la Communauté.

On constate aussitôt que le « lien effectif et continu » n'est défini que négativement par les Programmes généraux. Il s'agit d'une notion imprécise que la jurisprudence des Etats membres devra éclaircir à l'aide des interprétations données à titre préjudiciel par la Cour de justice des Communautés. A ce jour et à notre connaissance, aucune décision n'a encore été rendue à ce sujet. En attendant cette jurisprudence on peut faire les considérations suivantes:

— le lien effectif et continu devrait être admis dès lors que la société peut se prévaloir d'un établissement principal ou secondaire dans la Communauté;

— il devrait en être de même s'il existe un courant commercial stable entre la société en question et des entreprises qui relèvent de la Communauté. Des participations

financières dans de telles entreprises pourraient également constituer un lien effectif et continu [1];

— il ne sera pas possible d'exiger, pour que soit admise l'existence du lien effectif et continu, que la société soit contrôlée, quant à la possession de son capital ou à la composition de ses organes de gestion et de surveillance par des nationaux des Etats membres. Comme on l'a vu, les Programmes généraux l'excluent expressément.

L'importance du lien économique est donc à nouveau affirmée grâce aux Programmes généraux pour caractériser le rattachement à un Etat membre et par conséquent à la Communauté. Mais des voix très autorisées se sont élevées, avant tout en France, pour prétendre que le lien effectif et continu au sens des Programmes généraux ne constitue pas un barrage suffisant face à la pénétration économique dont la CEE fait l'objet. Aussi la France a-t-elle dénié, dans les négociations ultérieures où se pose encore la question de la nationalité des sociétés, à l'article 58 et aux Programmes généraux toute valeur générale, toute force de précédent. Le but de la France est de réserver le bénéfice du droit communautaire aux sociétés ayant des liens étroits avec les Etats membres.

Tirons deux exemples des textes en préparation ou déjà adoptés:

a) *La Convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales du 29 février 1968*

Cette Convention doit assurer sur tout le territoire de la Communauté la reconnaissance de la personnalité des sociétés. Cet instrument était nécessaire en raison de la disparité des droits des Etats membres en cette matière.

C'est le rattachement de l'incorporation qui détermine en principe le cercle des bénéficiaires de la Convention. Selon son article 1er en effet « sont reconnues de plein droit les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, constituées en conformité de la loi d'un Etat contractant qui leur accorde la capacité d'être titulaires de droits et d'obligations, et ayant leur siège statutaire dans les territoires auxquels s'applique la présente Convention ».

On remarque aussitôt que la définition donnée est la même pratiquement que celle de l'article 58 du Traité CEE, sous réserve que le deuxième élément du rattachement (localisation du siège statutaire, de l'administration centrale ou du principal établissement à l'intérieur de la Communauté) a été simplifié. Il est en effet apparu inutile aux négociateurs de reprendre l'énumération de l'article 58, puisque de toute façon la constitution selon la loi d'un Etat membre implique nécessairement la fixation du siège statutaire sur le territoire de cet Etat. Il eût même été possible de dire, plus simplement, en l'état de la législation des six Etats membres: « Sont reconnues de plein droit les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, constituées en conformité de la loi d'un Etat contractant qui leur accorde la capacité d'être titulaires de droits et d'obligations. »

Si le principe de l'incorporation est posé à l'article 1er, l'article 3 constitue une atténuation à ce principe. Ce texte dispose en effet ce qui suit: « Toutefois, tout Etat contractant peut déclarer qu'il n'appliquera pas la présente Convention aux sociétés ou personnes

[1] En ce sens, Goldman, *Droit commercial européen*, Paris 1970, n° 124, p. 138.

morales mentionnées aux articles 1 et 2 dont le siège réel se trouve hors des territoires auxquels s'applique la présente Convention, si ces sociétés ou personnes morales n'ont pas de lien sérieux avec l'économie de l'un de ces territoires. »

On constate que le lien économique est qualifié ici de « lien sérieux » alors que les Programmes généraux parlaient de « lien effectif et continu ». C'est dire que la terminologie communautaire n'est pas encore fixée et que les définitions varient au gré des textes et des besoins. En l'espèce le « lien sérieux » ne peut guère être interprété autrement que le « lien effectif et continu » des Programmes généraux. On conçoit mal que la jurisprudence lui donne un sens différent ou en tout cas plus restrictif. Le droit à l'établissement, dont les conditions sont définies par le Traité et par l'un des Programmes généraux, implique en effet pour les sociétés le droit à la reconnaissance. Dès lors les règles relatives à cette dernière ne peuvent pas être moins libérales que celles de l'établissement et s'y opposer.

b) *La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes*

On sait que la Commission des Communautés européennes a présenté au Conseil, le 30 juin 1970, une proposition d'un règlement portant statut des sociétés anonymes européennes. La Commission entend faire de ce statut un instrument de la politique industrielle qu'elle préconise et qui doit notamment permettre de renforcer considérablement la puissance des entreprises de la Communauté.

Ce projet fera sans doute l'objet d'un certain nombre de modifications. Il n'est pas certain non plus qu'il soit adopté. Il n'en est pas moins intéressant d'examiner d'ores et déjà qui pourra bénéficier de cette nouvelle forme juridique. La réponse est donnée par l'article 2 du projet de statut. Au terme de cette disposition « des sociétés anonymes constituées selon le droit d'un Etat membre et dont deux au moins relèvent de législations nationales différentes peuvent constituer une S.E.[1] par fusion, par création d'une société holding ou par création d'une filiale commune ».

## II. Conséquences pour les sociétés suisses

Il est bien connu que les entreprises suisses n'ont pas attendu l'avènement de la CEE pour s'implanter sur les marchés extérieurs. C'est pour un grand nombre d'entre elles une nécessité que d'exercer une partie importante de leurs activités à l'étranger. La création du Marché commun n'a ralenti en rien ce mouvement si bien que l'on peut parler à l'heure actuelle d'une véritable « pénétration industrielle suisse dans le Marché commun » [2].

Les raisons de cette pénétration sont les suivantes:

1. La crainte qu'éprouvent les entreprises suisses devant le tarif douanier commun.
2. Le fait que les entreprises suisses sont pour la plupart dépendantes de l'étranger pour leurs approvisionnements et leurs débouchés.
3. Les tensions sur le marché du travail helvétique [3].

[1] S. E.: Société européenne.
[2] C'est le titre d'une étude du professeur Henri Schwamm publiée en 1971 dans la collection de tirés à part de la *Feuille d'Avis de Lausanne.*
[3] Ces différentes raisons sont données par Schwamm, op. cit., p. 19 et 20.

Quels peuvent bien être les obstacles que les règles que nous avons déjà vues — et celles qui en découlent — peuvent réserver à cette implantation économique ? Il y a lieu d'examiner de plus près à cet égard et à titre exemplaire seulement quelques-uns des domaines du droit communautaire.

a) *L'établissement et la prestation des services*

La pénétration économique de la Communauté par des entreprises d'Etats tiers doit franchir deux obstacles. Le premier est celui des frontières nationales des Etats membres car il appartient toujours à ces derniers de décider dans quelle mesure les entreprises d'Etats tiers peuvent s'implanter sur leur territoire. Il n'existe pas à cet égard de « cordon sanitaire » commun entre les Etats membres à l'image du tarif douanier commun. Ce premier obstacle est loin de présenter du reste partout les mêmes difficultés car les Etats membres ne réagissent pas tous de la même manière devant les investissements étrangers.

Une fois ce premier obstacle franchi, il reste à pénétrer dans l'espace communautaire proprement dit à partir de la tête de pont établie sur le territoire de l'un des Etats membres. C'est alors seulement que s'imposent les exigences du droit communautaire. Une société suisse par exemple ne pourra prétendre s'établir partout dans la Communauté ou y faire des prestations de services à égalité avec ses concurrents du Marché commun qu'à condition d'avoir son siège dans la Communauté et de présenter avec l'économie d'un Etat membre un lien effectif et continu. Il s'agit là des restrictions que nous avons déjà vues et qui ont été posées par le Traité CEE et les Programmes généraux. Mais il n'y a pas que ces textes qui ont établi des obstacles. Parmi toutes les directives qui doivent peu à peu assurer dans le Marché commun le droit d'établissement et la libre prestation des services, certains textes ont prévu des restrictions supplémentaires et placent les entreprises d'Etats tiers en général, celles de la Suisse en particulier en position d'infériorité par rapport aux entreprises de la Communauté. C'est le cas notamment dans le domaine de la cinématographie et des marchés publics de travaux. Les sociétés suisses d'ingénieurs conseils ont des doléances à présenter sur ce dernier point [1].

C'est toutefois aux assurances qu'il importe de consacrer un examen plus attentif à titre d'exemple. Les intérêts suisses en jeu y sont considérables. Le droit communautaire tend à donner au marché des assurances toutes les caractéristiques d'un vaste marché intérieur, à supprimer toute discrimination dans le domaine de l'établissement et de la prestation des services entre les ressortissants des Etats membres et les sociétés qui relèvent de ces derniers. Selon une proposition de directive présentée au Conseil le 17 juin 1966 et qui tend à coordonner en matière d'assurance directe autre que l'assurance-vie les conditions d'accès et d'exercice [2], des dispositions spéciales ont été prévues pour les agences et succursales dans la Communauté de sociétés d'assurance qui n'y ont pas leur siège et qui, par conséquent, ne sont pas considérées comme appartenant à cette dernière. Selon la proposition de directive, chaque Etat membre fait dépendre d'un agrément administratif

[1] Voir à ce sujet les résultats de l'enquête menée par le Vorort auprès des entreprises suisses sur les aspects de politique économique de l'intégration européenne et publiés en juin 1971 sous le titre « Wirtschaftspolitische Aspekte der Europäischen Integration aus schweizerischer Sicht », cf. p. 240.

[2] Le texte de cette proposition a été publié au *Journal officiel des Communautés européennes*, 1966, p. 3056 ss.

l'accès sur son territoire de toute entreprise dont le siège social est hors de la Communauté. Il faut ajouter que les Etats membres ne sont pas tenus d'accorder l'agrément alors même que les conditions prévues seraient remplies.

Au nombre de ces conditions chaque Etat membre impose aux agences ou succursales créées sur son territoire de disposer d'une marge de solvabilité suffisante. Cette marge doit être constituée d'actifs libres de tout engagement prévisible et localisés à l'intérieur de l'Etat membre intéressé. Les assureurs suisses ont mal accueilli cette disposition. Alors même que des garanties semblables sont imposées par la directive aux assureurs qui ont leur siège dans la Communauté, les assureurs suisses considèrent que, pratiquement, cette disposition va affecter leur capacité concurrentielle face à leurs adversaires du Marché commun. Ils sont d'avis que cette obligation de localiser des actifs dans la Communauté, dans l'Etat de l'agence ou de la succursale, viole un principe essentiel en matière d'assurance: celui de la mobilité des disponibilités pour les placer là où elles sont nécessaires. L'obligation de localiser des actifs dans la Communauté irait aussi à l'encontre des intérêts de la grosse industrie dont il est difficile de couvrir les risques assurés par les seuls moyens des assurances locales indigènes. Les assureurs suisses ont déclaré que le maintien de cette disposition constituerait une discrimination à leur égard et ils en ont demandé la suppression ou tout au moins l'atténuation [1], ce qui pourrait intervenir dans le cadre de négociations bilatérales entre la CEE et la Suisse. La proposition de directive prévoit en effet expressément la possibilité de telles négociations.

b) *Le droit des sociétés*

En cette matière les efforts d'harmonisation des droits existants ainsi que la recherche d'instruments juridiques nouveaux sont particulièrement intenses dans la CEE. Parmi les travaux en cours, c'est de nouveau à la proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes que nous nous arrêterons.

L'accès à cette nouvelle forme juridique est à l'heure actuelle encore très ouvert. Le système prévu à l'article 2 permettrait en effet aux sociétés suisses de profiter du nouveau statut par l'entremise de leurs filiales dans la CEE. Selon la solution retenue, les sociétés suisses ne pourraient en effet pas participer directement à la constitution d'une société européenne. En revanche leurs filiales avec siège dans la Communauté auraient cette faculté.

En outre, aucune disposition du statut n'interdit à une société avec siège hors de la Communauté, ou à un particulier ne résidant pas sur le territoire d'un des Etats membres, de prendre une participation dans une société européenne déjà constituée, ou même de la dominer. Mais dans la mesure où cette participation ou cette domination entraînerait un transfert de la direction effective de la société européenne hors de la Communauté, et par là même un changement de domicile fiscal, de très fortes ponctions seraient opérées qui pourraient limiter singulièrement l'intérêt d'une telle opération.

Il faut souligner enfin que le projet de statut émane de la Commission. On peut se demander si les Etats membres demeureront aussi libéraux que cette dernière en ce qui concerne les conditions d'accès à cette nouvelle forme de société.

Le projet contient aux articles 223 et suivants l'ébauche d'un droit européen des groupes de sociétés. Aux termes du 1er alinéa de l'article 223, « une entreprise dominante

[1] Rapport précité du Vorort, p. 246.

et une ou plusieurs entreprises dépendant d'elle, qu'elles relèvent ou non des Etats membres, forment un groupe au sens du présent statut si l'ensemble de ces entreprises est placé sous la direction unique de l'entreprise dominante et si l'une de ces entreprises est une SE ».

Pour qu'il y ait groupe au sens du projet de statut, il est donc nécessaire qu'une des entreprises participantes soit une SE. Le projet comporte en outre, à l'article 6, une série de règles qui permettent de savoir dans quels cas une entreprise est dominée par une autre. Selon l'article 225, la Cour de justice des Communautés peut être saisie du point de savoir si une SE est une entreprise de groupe, ou si une entreprise de droit national, peu importe le lieu de situation de son siège, est une entreprise dépendante au sein d'un groupe dominé par une SE. On peut en conclure que d'une manière limitée tout au moins, le statut soumettra à la juridiction de la Cour les sociétés étrangères à la Communauté qui font partie du groupe, des sociétés suisses par exemple.

Le statut contient aussi des règles de conflits de lois aux fins de désigner le droit applicable aux relations entre la société dominante et les sociétés dominées. Plusieurs situations doivent être distinguées à cet égard:

1. toutes les relations peuvent être tout d'abord intracommunautaires;

   ce sera le cas

— lorsque la SE domine une ou plusieurs sociétés de droit national ayant leurs sièges dans la Communauté, ou

— lorsque la SE (on précise qu'elle ne peut avoir son siège que dans le Marché commun) est dominée par une société de droit national qui y a aussi son siège.

   La règle de conflit de l'article 224 prévoit dans ces deux hypothèses que les dispositions du statut en matière de protection des actionnaires libres et des créanciers s'appliquent aux relations entre la SE société dominante et les entreprises dominées, de même qu'aux relations entre la SE société dominée et l'entreprise dominante ayant son siège dans la Communauté.

2. Les relations entre les sociétés du groupe peuvent aussi franchir les frontières de la Communauté ;

   cette situation peut se présenter

— lorsque la SE domine une entreprise qui ne relève pas d'un Etat membre, mais d'un Etat tiers, la Suisse par exemple;

— lorsque la SE est dominée par une entreprise qui n'a pas son siège dans le Marché commun.

Dans le premier cas, le statut n'a pas prévu expressément de règles de conflit. C'est le commentaire du projet, sous l'article 224, qui nous apprend que les relations entre la SE dominante et l'entreprise dominée sont soumises « au droit compétent pour cette dernière société ». Ce serait semble-t-il le droit désigné par le droit international privé de l'Etat du siège de cette société. Au cas où la société dominée aurait son siège en Suisse il appartiendrait dans ces conditions au droit international privé suisse de désigner le droit applicable aux relations entre la SE dominante et la société suisse dominée. On peut se demander quel pourrait bien être ce droit et surtout quels seraient les moyens de l'imposer à la société dominante.

Dans la seconde hypothèse, le deuxième alinéa de l'article 224 donne compétence au statut pour régir aussi bien la SE que ses relations avec l'entreprise dominante. Au cas où cette dernière serait une société suisse, elle devrait donc respecter le statut.

Ces brèves observations amènent aux constatations suivantes:

— le rattachement auquel les règles de conflit de l'article 224 ont recours est double. Il s'agit d'une part du siège social des entreprises et d'autre part du fait qu'une entreprise du groupe est une SE. Il n'est pas précisé, pour les sociétés de droit national, si c'est leur siège statutaire ou leur siège réel, qualifié ou non, qui doit être pris en considération. L'économie du projet amène à donner la préférence au siège statutaire. C'est en effet le seul qui soit clairement retenu par l'article 5 pour la SE;

— suivant le jeu des règles de conflit de l'article 224, le statut régit ou ne régit pas les relations des entreprises réunies au sein du groupe.

Autrement dit il est à nouveau essentiel de savoir si et à quelles conditions une société appartient à la Communauté ou lui est étrangère.

### c) *Le droit fiscal*

L'importance des critères retenus en matière de nationalité des sociétés apparaît également dans le champ d'action du droit fiscal. On sait que dans le cadre de sa politique industrielle la Commission souhaite favoriser la concentration des entreprises. Or des obstacles fiscaux s'opposent à cette concentration. Une proposition de directive du 16 janvier 1969 tend à supprimer ces obstacles. Il s'agit de la proposition de directive concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions et apports d'actifs intervenant entre sociétés d'Etats membres différents [1]. Un accord prochain du Conseil sur ce texte est peu probable. Il est néanmoins utile de montrer rapidement quelles pourraient être les conséquences de son adoption pour les sociétés suisses. Il paraît évident en effet que d'une manière ou d'une autre, tôt ou tard, des textes seront adoptés en cette matière.

Les buts de la directive sont les suivants:

1. Eviter une imposition trop onéreuse lors de fusions internationales.
2. Harmoniser le traitement applicable à ces fusions.
3. Régir la fiscalité après fusion.

La Commission espère que l'adoption de ce texte facilitera le regroupement et la concentration des entreprises dans la Communauté. La création d'entreprises de dimensions géantes serait ainsi favorisée dans la Communauté. Les intérêts en jeu sont donc considérables.

Une question se pose immédiatement: quelles seront les sociétés bénéficiaires? On voit réapparaître aussitôt l'importance des critères utilisés pour déterminer, à l'usage de la CEE, la nationalité des sociétés.

Selon l'article 1er de la proposition de directive, chaque Etat membre doit appliquer les dispositions de la directive « aux opérations de fusions, de scissions et apports d'actifs intervenant entre, d'une part, des sociétés relevant de sa législation nationale et, d'autre part, des sociétés relevant de la législation d'autres Etats membres ».

---

[1] *Journal officiel des Communautés européennes* n° C 39 du 22 mars 1969, p. 1.,

Que faut-il entendre par les mots « relevant de sa législation nationale » ? Cette formule paraît viser simplement les sociétés soumises au droit de chacun des Etats membres. En principe il s'agit des sociétés dont le siège social est dans tel ou tel Etat et auxquelles par conséquent s'applique la loi de cet Etat. Si tel était le cas, la filiale française d'une société suisse pourrait bénéficier du régime institué par la directive puisque cette filiale se voit appliquer le droit français.

Les espoirs que soulève cette interprétation ne paraissent pas fondés car la France a laissé entendre à ses partenaires qu'elle n'appliquerait la directive qu'aux « sociétés authentiquement européennes », à l'exclusion des filiales des sociétés américaines et d'autres pays, y compris bien entendu la Suisse. La France a précisé qu'une société ne serait à ses yeux « authentiquement européenne » qu'à condition d'être contrôlée par des ressortissants ou un gouvernement des Etats membres et d'avoir son centre de décision dans l'un des pays de la Communauté [1].

Le problème du cercle des bénéficiaires de la directive a été discuté au Parlement européen. La Commission s'est déclarée favorable à l'application de la directive aux filiales de sociétés étrangères. Toutefois, de l'avis de la Commission, « pour s'assurer que seules des entreprises qui ont déjà une certaine importance sur le marché européen et qui ont acquis une expérience suffisante de ce marché bénéficient des possibilités qu'offre la directive, il conviendra peut-être de prévoir que celle-ci ne soit applicable qu'aux entreprises déjà établies dans un des pays membres depuis un certain nombre d'années » [2].

La mise en application de la directive, surtout si les conceptions françaises devaient l'emporter, aurait – dans les très grandes lignes – les conséquences suivantes pour les sociétés suisses:

1. les filiales de sociétés suisses dans la CEE, de même que toutes autres sociétés contrôlées par des actionnaires suisses, ne pourraient participer à des concentrations internationales sur un pied d'égalité avec les sociétés considérées comme authentiquement européennes, ou même pas du tout;
2. alors qu'une société d'un premier Etat membre pourrait fusionner avec une société d'un second Etat membre, sans que les plus-values afférentes aux biens d'établissements stables de ces sociétés dans la Communauté soient imposées, la concentration complète de sociétés suisses ayant des établissements dans le Marché commun serait d'un coût prohibitif;
3. les actionnaires résidant en Suisse de sociétés du Marché commun qui fusionneraient seraient probablement désavantagés par rapport aux actionnaires domiciliés dans la CEE [3].

Des problèmes semblables apparaissent à propos d'une deuxième proposition de directive en matière fiscale. Il s'agit de la proposition relative au régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents [4]. Ce texte devrait, s'il est adopté, faciliter le regroupement de sociétés d'Etats membres différents et contribuer à créer dans la CEE les conditions d'un marché intérieur. Or de tels regroupements peuvent se pratiquer

---

[1] Voir bulletin *Europe*, n° 690, p. 5.

[2] Cité par Jacques André Reymond, Rapport du Centre d'études juridiques européennes de l'Université de Genève sur « Le traitement fiscal des fusions nationales et internationales de sociétés anonymes en Suisse et dans les pays de la CEE », p. 204.

[3] On doit à Jacques André Reymond d'avoir mis en évidence ces conséquences, op. cit., p. 204 ss.

[4] *Journal officiel des Communautés européennes*, n° C 39 du 22 mars 1969, p. 7.

par des prises de participation qui aboutissent à la création de groupes de sociétés mères et filiales. A l'heure actuelle, les régimes fiscaux varient d'un Etat membre à l'autre en ce qui concerne les rapports entre les sociétés mères et leurs filiales. Il s'ensuit toutes sortes de distorsions ainsi que des entraves aux regroupements. La proposition de directive tend essentiellement à:

1. Eviter qu'un bénéfice réalisé par une filiale, déjà taxé au niveau de cette société, soit à nouveau soumis à l'impôt sur les sociétés dans le chef de la société mère.
2. Assurer la neutralité fiscale en exemptant de retenue à la source, sauf dans certains cas particuliers, les bénéfices qu'une société fille distribue à sa société mère.
3. Donner aux sociétés la possibilité d'opter pour le régime du bénéfice consolidé pour leurs filiales situées dans la Communauté.

Une nouvelle fois il s'agit de savoir quelles seront les sociétés bénéficiaires.

La proposition de directive déclare en substance à l'article premier que chaque Etat membre doit appliquer le nouveau texte aux sociétés mères et à leurs filiales qui relèvent de la législation d'un Etat membre.

La formule est assez vague.

Dans une résolution concernant cette proposition de directive, le Parlement européen a considéré que le régime proposé devait ne s'appliquer qu'aux sociétés ayant leur siège dans la Communauté [1]. Mais de quel siège s'agit-il, du siège statutaire, ou du siège réel? Et il faut ajouter que le concept de société authentiquement européenne pourrait autant s'imposer à propos de cette seconde proposition de directive en matière fiscale que pour la première, avec la conséquence que les sociétés suisses seraient traitées de manière nettement moins favorable que leurs rivales appartenant à la Communauté et risqueraient de ne pas pouvoir participer au mouvement de concentration dans l'Europe communautaire.

* * *

Que faut-il conclure, dans la mesure où le domaine si mouvant du droit communautaire autorise à l'heure actuelle des conclusions?

Le proche avenir est dominé en effet par l'incertitude. On ne sait encore quelles seront les conséquences de l'entrée de la Grande-Bretagne dans la Communauté. Diverses considérations paraissent cependant s'imposer à cet égard.

Du moment que ce pays a adopté le critère très libéral de l'incorporation pour déterminer la nationalité des sociétés, on peut penser que l'adhésion de la Grande-Bretagne au Marché commun ne fera pas pencher la balance en faveur du concept de société authentiquement européenne. Une telle évolution serait sans doute favorable à la Suisse. Dans le même sens, l'élargissement des Communautés plaide en faveur d'un marché davantage ouvert sur l'extérieur et accessible, plutôt que replié sur lui-même et fermé aux investisseurs étrangers. Les instances communautaires, ainsi que les Etats membres, pourraient considérer à l'avenir que dans la mesure où le Marché commun attire les entreprises d'Etats tiers, ces dernières parviendront à trouver les voies et moyens d'investir dans la Commu-

[1] *Journal officiel des Communautés européennes*, n° C 51 du 29 avril 1970, p. 7.

nauté, même par des voies détournées. Dès lors la technique du rideau de fer économique ou du cordon sanitaire ne serait sans doute pas la plus efficace pour protéger les entreprises communautaires face à la concurrence extérieure. La meilleure protection ne peut émaner que des progrès que feront ces entreprises, autrement dit de leur capacité concurrentielle. Et dans un marché qui se réclame du néo-libéralisme, n'est-ce pas la concurrence qui doit avoir le dernier mot ?

Ces considérations pourraient contribuer à ce que des règles libérales soient adoptées par la Communauté élargie en matière de rattachement des sociétés au Marché commun, avec la conséquence que les sociétés relevant d'Etats tiers en général, de la Suisse en particulier, pourraient plus facilement accéder à ce marché.

En sens contraire, les tensions économiques de plus en plus vives qui se manifestent depuis quelque temps au sein même des alliances pourraient faire surgir de nouvelles barrières au commerce international.

Si l'on tient compte des intérêts helvétiques, il faut espérer que la Communauté n'opposera pas à l'activité de nos sociétés des obstacles infranchissables ou ne les placera pas dans une situation telle qu'elles perdraient leur capacité concurrentielle.

Nos autorités sont parfaitement conscientes de ces problèmes. Le rapport du Conseil fédéral aux Chambres sur « l'évolution de l'intégration européenne et la position de la Suisse » dispose que lors des pourparlers exploratoires avec la Commission, la délégation suisse a témoigné d'un intérêt tout particulier pour le droit européen naissant, notamment dans le domaine du droit des sociétés. Mais ce même rapport explique que pour la Commission, la participation de la Suisse à des conventions négociées sous l'égide des Communautés soulève des problèmes institutionnels.

C'est bien là qu'est le problème, car le droit communautaire n'est conçu qu'en fonction des besoins d'un vaste marché intérieur, d'une future union économique et monétaire dont les finalités politiques ont été encore affirmées en décembre 1969 lors de la conférence de La Haye entre les chefs d'Etats et de gouvernements des six pays membres.

De certains abandons de souveraineté, toujours plus étendus, dépendent seulement les avantages consentis.

On voit alors mal comment la Suisse pourrait d'une part conserver ses distances à l'égard des Communautés et d'autre part jouer assez le jeu communautaire pour pouvoir bénéficier des progrès du droit européen, ou, en tout cas échapper aux effets fâcheux que ce droit peut avoir parfois pour elle.

Il faut espérer que le génie helvétique du compromis parviendra à créer la formule magique qui permettrait de concilier ces objectifs inconciliables.

A cet égard, de solides espoirs paraissent pouvoir reposer sur la clause évolutive dont il est beaucoup question et qui pourrait être insérée dans l'accord attendu.