CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. L. A. GEELHOED

présentées le 8 novembre 2001 [1]

I — Introduction

1. Le Landesgericht Wels (Autriche) siégeant en tant que tribunal de commerce a posé à titre préjudiciel à la Cour de justice des questions relatives à la validité d'un certain nombre de dispositions de deux directives concernant les sociétés [2] et à l'interprétation du traité CE.

2. Dans la procédure au principal, la juridiction de renvoi, statuant par voie de décision, a enjoint à une société, sous peine d'astreinte, de satisfaire à ses obligations de publicité qui découlent du droit des sociétés harmonisé. Cette société a formé un recours contre ladite décision devant le Landesgericht Wels. Les questions du Landesgericht concernent la compatibilité des dispositions concernées de la directive relatives à la publicité avec le droit communautaire primaire, le principe juridique général de proportionnalité, le droit fondamental de propriété et la liberté fondamentale d'entreprendre. La Cour devra toutefois d'abord se prononcer sur sa compétence pour connaître des questions préjudicielles. En effet, on peut se demander si le Landesgericht Wels peut être qualifié dans la présente procédure de «juridiction nationale» au sens de l'article 234 CE.

II — Le cadre juridique

A — *Le droit communautaire*

3. En vertu de l'article 2, paragraphe 1, sous f), de la première directive, les États membres prennent les mesures nécessaires pour que la publicité obligatoire relative aux sociétés inclue le bilan et le compte de profits et pertes de chaque exercice.

4. La quatrième directive prévoit en son article 47 que les comptes annuels régulièrement approuvés et le rapport de gestion

1 — Langue originale: le néerlandais.

2 — Première directive 68/151/CE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers (JO L 65, p. 8, la «directive relative à la publicité», ci-après la «première directive»), et quatrième directive 78/660/CEE du Conseil, du 25 juillet 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés (JO L 222, p. 11, la «directive relative aux comptes annuels», ci-après la «quatrième directive»).

ainsi que le rapport établi par la personne chargée du contrôle des comptes font l'objet d'une publicité effectuée selon les modes prévus par la législation de chaque État membre conformément à l'article 3 de la première directive.

5. L'article 54, paragraphe 3, sous g), du traité CE [devenu, après modification, article 44, paragraphe 2, sous g), CE] dispose que le Conseil et la Commission exercent les fonctions qui leur sont dévolues par l'article 54, paragraphe 1, du traité «en coordonnant, dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers».

B — *Le droit national*

6. En tant que de besoin ici, la juridiction nationale a exposé le droit national applicable comme suit.

7. Afin de transposer les dispositions précitées des première et quatrième directives, la république d'Autriche a tout d'abord promulgué le Rechnungslegungsgesetz [3] (loi relative à l'établissement des comptes), avec la nouvelle version des articles 277 et 283 du code de commerce autrichien (ci-après également l'«öHGB»). La deuxième loi de transposition, à savoir le EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz [4] (loi modifiant le droit des sociétés en vue de son adaptation à l'Union européenne), a étendu l'obligation de publicité, ce qui fait que la directive a été intégralement transposée.

8. En ce qui concerne les grosses sociétés de capitaux telles que visées à l'article 221 de l'öHGB, l'article 277, paragraphe 1, de l'öHGB, tel qu'il a été modifié par la deuxième loi de transposition, dispose ce qui suit:

«Les représentants légaux des sociétés de capitaux doivent déposer au tribunal compétent en matière de registres des sociétés du siège de la société les comptes annuels et le rapport de gestion, après examen en assemblée générale et au plus tard dans les neuf mois suivant la date de clôture du bilan, avec la mention d'approbation ou de refus d'approbation ou d'approbation avec des réserves; dans le même délai, le rapport du conseil de surveillance, la proposition d'approbation des résultats et la décision concernant l'affectation de ceux-ci doivent également être déposés.

Si, afin de respecter ce délai, les comptes annuels et le rapport de gestion sont

3 — BGBl. 475/1990.

4 — BGBl. 304/1996.

déposés sans les autres documents, ceux-ci doivent être déposés, pour le rapport et la proposition dès qu'ils sont disponibles, pour la décision dès qu'elle a été adoptée et pour la mention dès qu'elle a été apposée. Si les comptes annuels sont modifiés à la suite d'un contrôle ou d'une fixation a posteriori, cette modification doit également être déposée.»

9. L'article 283, paragraphe 1, de l'öHGB, tel qu'il a été modifié par la deuxième loi de transposition, prévoit la sanction suivante:

«Sans préjudice des dispositions générales du droit commercial, les membres du conseil d'administration ou les liquidateurs sont tenus d'observer les articles 244, 245, 247, 248, 270, 272 et 277 à 280, les membres du conseil de surveillance sont tenus d'observer l'article 270 et, dans le cas d'une succursale nationale d'une société de capitaux étrangère, les personnes compétentes pour la représenter sont tenues d'observer l'article 280 bis, le tout sous peine d'être condamnée par le juge à une astreinte pouvant atteindre 50 000 ATS.»

10. En complément, l'article 24, paragraphe 1, du Firmenbuchgesetz [5] (loi sur les livres des sociétés — ci-après également le «FBG») prévoit ce qui suit:

«Toute personne tenue par une obligation de déclaration, de signature ou de dépôt de documents au registre des sociétés ou toute personne qui utilise une raison sociale qui ne lui appartient pas peut être tenue, sous peine d'une astreinte pouvant atteindre 50 000 ATS, infligée par le juge, d'observer son obligation, de cesser d'utiliser la raison sociale ou de démontrer que l'obligation n'existe pas ou que l'utilisation de la raison sociale est régulière.»

III — Les faits, le déroulement de la procédure et les questions préjudicielles

11. Une procédure au sens de l'article 277 de l'öHGB est pendante devant le Landesgericht Wels. Cette juridiction avait enjoint à Lutz Gesellschaft GmbH (ci-après «Lutz»), établie à Wels, par décision du 13 septembre 1999, de déposer dans un délai de quatre semaines, sous peine d'une astreinte de 10 000 ATS, les documents visés aux articles 277 à 280 bis de l'öHGB (comptes annuels et rapport annuel).

12. Étant donné que, selon une jurisprudence constante de l'Oberster Gerichtshof, la menace d'astreinte, prévue par la décision du 13 septembre 1999, est inattaqua-

5 — Tel qu'il a été modifié par BGBl. 10/1991.

ble, Lutz a saisi le Verfassungsgerichtshof d'une demande («Individualantrag») tendant à ce qu'il soit constaté que les dispositions relatives à la publicité sont contraires à certains droits fondamentaux et à certaines dispositions du droit communautaire. Le Landesgericht Wels a ensuite prorogé, par décision du 2 novembre 1999, le délai de dépôt des documents comptables jusqu'à la décision du Verfassungsgerichtshof. Celui-ci a rejeté la demande de Lutz par arrêt du 29 novembre 1999. Il a motivé son arrêt par le fait que l'astreinte peut être suspendue jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la légalité de l'obligation qui est assortie de l'astreinte.

13. En vertu de l'article 234 CE, le Landesgericht Wels a alors décidé, par jugement du 9 mai 2000, d'office et sur demande de Lutz du 20 janvier 2000, de poser à la Cour de justice les questions préjudicielles suivantes:

«1) Les mesures prévues par l'article 2, paragraphe 1, sous f), de la première directive 68/151/CEE et l'article 47 de la quatrième directive 78/660/CEE s'agissant de l'obligation de publicité imposée aux sociétés de capitaux sont-elles contraires à l'article 44, paragraphe 2, sous g), CE, qui autorise la coordination des garanties exigées, dans les États membres, des sociétés, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers?

2) Les mesures prévues par l'article 2, paragraphe 1, sous f), de la première directive 68/151/CEE et l'article 47 de la quatrième directive 78/660/CEE s'agissant de l'obligation de publicité imposée aux sociétés de capitaux sont-elles contraires à l'article 44, paragraphe 2, sous g), CE, en ce que la condition de nécessité n'est pas remplie en ce qui concerne l'élimination des restrictions à la liberté d'établissement ou en vue de la réalisation d'autres finalités du traité CEE (en particulier, l'instauration de conditions juridiques uniformes)?

3) Le fait que les dispositions combinées de l'article 2, paragraphe 1, sous f), de la première directive 68/151/CEE et de l'article 47 de la quatrième directive 78/660/CEE contraignent les entreprises, moyennant l'obligation de publicité du bilan et du compte de profits et pertes de chaque exercice sous peine de sanction pénale, à révéler des secrets d'affaires, et que l'objectif de protection visé peut être atteint de façon appropriée par d'autres mesures — comportant une moindre ingérence — est-il compatible avec le principe de proportionnalité, principe général du droit?

4) Le fait que les dispositions combinées de l'article 2, paragraphe 1, sous f), de la première directive 68/151/CEE et de l'article 47 de la quatrième directive 78/660/CEE contraignent les entreprises, moyennant l'obligation de publi-

cité du bilan et du compte de profits et pertes de chaque exercice sous peine de sanction pénale, à révéler des secrets d'affaires, et que l'objectif de protection visé peut être atteint de façon appropriée par d'autres mesures — comportant une moindre ingérence — est-il compatible avec le droit fondamental de la propriété reconnu en droit communautaire?

5) Le fait que les dispositions combinées de l'article 2, paragraphe 1, sous f), de la première directive 68/115/CEE et de l'article 47 de la quatrième directive 78/660/CEE contraignent les entreprises, moyennant l'obligation de publicité du bilan et du compte de profits et pertes de chaque exercice sous peine de sanction pénale, à révéler des secrets d'affaires, et que l'objectif de protection visé peut être atteint de façon appropriée par d'autres mesures — comportant une moindre ingérence — est-il compatible avec le droit fondamental du libre exercice d'une activité économique reconnu en droit communautaire?»

14. Conformément à l'article 20 du statut CE de la Cour de justice, des observations écrites ont été déposées par Lutz, par les gouvernements espagnol, italien et autrichien, ainsi que par le Conseil et la Commission. L'audience, à laquelle Lutz, le gouvernement italien, le Conseil et la Commission ont comparu, a eu lieu le 25 octobre 2001.

IV — La compétence de la Cour

15. Lors de la procédure écrite, aucune remarque n'a été faite en ce qui concerne la compétence de la Cour pour répondre aux questions posées par le Landesgericht Wels. Après que la Cour eut invité les parties à se prononcer par écrit à ce sujet, ce point a été examiné à l'audience.

16. En vertu de l'article 234, premier alinéa, CE, la Cour de justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel, sur l'interprétation du traité et des actes pris par les institutions de la Communauté. En vertu du deuxième alinéa de cette disposition, une juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question.

17. La Cour a entre-temps établi dans un certain nombre d'affaires que les juridictions qui satisfont aux exigences d'ordre institutionnel — comme c'est le cas en l'espèce —, mais qui utilisent la procédure préjudicielle dans une qualité dans laquelle elles n'exercent pas de fonction juridictionnelle, ne sont pas des juridictions au sens de l'article 234 CE. Dans ces cas, elles examinent une situation administrative déterminée sous une forme juridictionnelle et la Cour se déclare incompétente pour répondre aux questions posées. Cette jurispru-

dence a été ouverte par l'arrêt Job Centre I [6], et récemment confirmée par l'arrêt Salzmann [7] et par l'ordonnance de la Cour dans l'affaire HSB-Wohnbau [8].

18. Dans l'affaire Job Centre I, les questions avaient été posées par le Tribunale civile e penale di Milano, saisi d'une demande d'homologation de l'acte constitutif d'une société par la procédure dite de «juridiction gracieuse». Selon le code civil italien, le Tribunale ordonne l'inscription de la société dans le registre s'il constate que les statuts de cette société satisfont aux conditions prévues par la loi, après avoir entendu le ministère public. La Cour estime que les juridictions nationales ne sont habilitées à poser des questions préjudicielles que «si un litige est pendant devant elles et si elles sont appelées à statuer dans le cadre d'une procédure destinée à aboutir à une décision de caractère juridictionnel [...]». Or, tel n'était pas le cas en l'espèce. La Cour a constaté dans cette procédure que le juge de renvoi «exerce une fonction non juridictionnelle qui, par ailleurs, dans d'autres États membres est confiée à des autorités administratives. En effet, il fait acte d'autorité administrative sans qu'il soit en même temps appelé à trancher un litige» [9].

19. L'affaire Salzmann concernait un renvoi préjudiciel du Bezirksgericht Bregenz dans le cadre de l'inscription au livre foncier d'un contrat de vente d'un terrain à bâtir. Selon la loi fédérale autrichienne sur le livre foncier de 1955, le Bezirksgericht est compétent pour inscrire des transactions immobilières dans le livre foncier. À cet effet, il examine si une demande d'inscription remplit les conditions prévues par la loi. La Cour a jugé dans son arrêt du 14 juin 2001 que, dans un tel cas, le Bezirksgericht ne tranche pas un litige, mais est invité à se prononcer sur la question de savoir si la demande remplit les conditions légales. Dans le cadre de cette activité, il exerce une fonction non juridictionnelle. Le demandeur au principal avait fait valoir qu'il avait saisi le Bezirksgericht en appel d'une demande d'inscription de son droit de propriété au livre foncier, étant donné qu'un Rechtspfleger — un fonctionnaire judiciaire — avait rejeté sa demande en première instance, mais la Cour constate que la décision du Rechtspfleger a le caractère d'une réclamation administrative interne à l'organe considéré [10].

20. Dans l'affaire HSB-Wohnbau, la Cour, statuant par ordonnance du 10 juillet 2001, s'est déclarée manifestement incompétente pour répondre aux questions posées. L'Amtsgericht — Registergericht — Heidelberg avait invité la Cour à statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation des articles 43 CE et 48 CE à la suite d'un différend concernant l'inscription dans le registre du commerce allemand du transfert du siège social d'une GmbH d'Allemagne en Espagne, sur lequel l'Amtsgericht devait se prononcer par décision. Il ressort de l'ordonnance de renvoi que l'Amtsgericht a saisi la Cour en sa qualité d'autorité chargée de la tenue du registre du

6 — Arrêt du 19 octobre 1995 (C-111/94, Rec. p. I-3361).
7 — Arrêt du 14 juin 2001 (C-178/99, Rec. p. I-4421).
8 — Ordonnance du 10 juillet 2001 (C-86/00, Rec. p. I-5353).
9 — Arrêt Job Centre I, précité, points 9 à 11.
10 — Arrêt Salzmann, précité, points 13 à 22. Voir, en particulier, en ce qui concerne la position du Rechtspfleger dans la procédure, nos conclusions dans cette affaire (p. I-4423), points 38 à 43.

commerce en Allemagne et dans le cadre d'une affaire relative à une inscription audit registre. L'Amtsgericht est la première autorité à connaître de la demande d'inscription de la société. Il en résulte, selon la Cour, que l'Amtsgericht n'exerce pas à l'égard de cette inscription une fonction juridictionnelle [11].

21. Il faut déduire de ces trois affaires que les activités concernées ont un caractère administratif, et non un caractère juridictionnel, sur la base des circonstances suivantes:

— les questions ont été posées dans le cadre de procédures dans lesquelles la demande porte sur l'inscription d'une situation juridique déterminée dans un registre;

— l'autorité de renvoi a été saisie en première instance d'une demande d'inscription;

— avant de procéder à l'inscription, les autorités de renvoi se bornent à constater que la demande remplit les conditions légales;

— la voie du recours judiciaire est ouverte contre la décision.

22. Dans la présente affaire, la décision de renvoi donne peu d'informations sur les circonstances factuelles du cas d'espèce. Il est vrai que la juridiction de renvoi et les parties qui ont déposé des observations écrites ont exposé les dispositions les plus pertinentes de la législation nationale. À notre avis, on peut déduire de la législation autrichienne relative aux obligations de publicité et de la législation relative à l'organisation judiciaire que le Landesgericht Wels — siégeant en tant que tribunal de commerce — a posé les questions préjudicielles non pas en qualité d'autorité juridictionnelle, mais dans le cadre d'activités de nature administrative.

23. La principale différence avec les affaires précitées Job Centre I, Salzmann et HSB-Wohnbau est que le juge national n'est pas saisi d'une demande d'inscription d'une situation juridique déterminée dans un registre. Le Landesgericht Wels — siégeant en tant que tribunal de commerce — a en charge la tenue du registre du commerce. En vertu du Handelsgesetzbuch, les comptes annuels et les documents y afférents doivent être déposés aux fins de publicité. Lors de l'exécution de cette tâche administrative, le tribunal de commerce peut charger des sociétés, sous peine d'astreinte, de déposer ces documents. En vertu de l'article 24 du FBG, toute société qui n'a pas satisfait à son obligation dans le délai imparti peut se voir imposer une astreinte. Ensuite, le tribunal de commerce est la

11 — Ordonnance HSB-Wohnbau, précitée, points 14 à 17.

première instance qui se prononce sur la publicité [12].

24. Le tribunal de commerce doit uniquement constater que les conditions légales de publicité ne sont pas remplies. Sur la base de cela, il peut enjoindre à la société défaillante de déposer les documents comptables. L'astreinte est essentiellement une astreinte administrative destinée à inciter la société concernée à satisfaire à ses obligations légales et elle est fréquente en droit autrichien. Elle est imposée d'office. Le tribunal de commerce n'a une compétence discrétionnaire que pour déterminer le montant de l'astreinte [13]. Si le tribunal de commerce fait usage de ces compétences, il est lié par les dispositions légales exhaustives du Handelsgesetzbuch et du FBG [14].

25. Contre la décision qui ordonne le dépôt des documents et menace d'une astreinte, la société peut, selon le droit autrichien, demander la révision au tribunal de commerce qui a rendu la décision («Vorstellung») ou former un recours devant l'Oberlandesgericht («Rekurs») [15]. Dans la présente procédure, Lutz a saisi le tribunal de commerce d'une demande de révision de la décision du 13 septembre 1999. Ce faisant, il nous semble évident que, dans la présente affaire, il y a eu réclamation administrative contre la décision [16].

26. Le Landesgericht Wels a donc posé les questions préjudicielles dans le cadre d'une procédure de réclamation administrative, dans l'exercice d'une fonction non juridictionnelle, administrative. Ces questions n'émanent donc pas d'une juridiction exerçant une fonction juridictionnelle au sens de l'article 234 CE. La Cour n'est pas compétente pour y répondre [17].

27. La société qui souhaite contester la décision ordonnant la publicité et l'astreinte dont elle est assortie peut saisir l'Oberlandesgericht. Si cette juridiction doit se prononcer sur la légalité de l'obligation imposée et de l'astreinte dont elle est assortie en degré d'appel en qualité de juridiction, elle peut demander à la Cour de statuer à titre préjudiciel.

12 — Voir l'article 120, paragraphe 1, du FBG. Les activités en question sont d'ailleurs effectuées par un juge unique («Einzelrichter»), voir l'article 7 bis, paragraphe 3, de la Jurisdiktionsnorm (modifiée en dernier lieu dans BGBl. 140/1997).

13 — Celle-ci s'élève, en vertu de l'article 24, paragraphes 1 et 2, du FBG, respectivement à 50 000 ATS au maximum et — s'il n'a pas été donné suite à la première injonction dans un délai de deux mois — à 100 000 ATS au maximum.

14 — Voir, en particulier, les articles 282, paragraphe 1, de l'öHGB et 24 du FBG.

15 — Voir article 9 de l'Ausserstreitgesetz (RGBl. 208/1854).

16 — En ce sens, voir aussi l'arrêt Salzmann, précité, point 21.

17 — À cet égard, voir également les conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, du 28 juin 2001, dans l'affaire De Coster (C-17/00, arrêt du 29 novembre 2001, Rec. p. I-9445, p. I-9447). Dans ces conclusions, l'avocat général propose une nouvelle définition du concept de juridiction au sens de l'article 234 CE. Comme règle générale, il préconise que la Cour devrait être compétente pour répondre aux questions préjudicielles émanant de toutes les instances faisant partie de l'organisation judiciaire nationale. Il assortit toutefois cette proposition de la condition que l'organe de renvoi doit, en outre, exercer sa compétence juridictionnelle (point 85).

V — Conclusion

28. Eu égard à ce qui précède, nous vous proposons de dire pour droit que la Cour de justice des Communautés européennes n'est pas compétente pour répondre aux questions posées par le Landesgericht Wels, statuant par décision du 9 mai 2000.