

ÉCHOS DE LA PRATIQUE

DROIT DES AFFAIRES

781

3 QUESTIONS

En route vers un code européen des affaires



Philippe Dupichot,
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Secrétaire général de l'Association Henri Capitant
et **Reiner Schulze**,
Professeur de droit à l'Université de Münster, Président du Groupe Allemand de l'Association Henri Capitant

1 Pourquoi avoir dressé un inventaire de l'acquis communautaire en droit des affaires ? Suivant quelle méthode a-t-il été élaboré ?

Inventorier de façon synthétique l'acquis communautaire en droit des affaires est une entreprise qui n'avait curieusement guère été conduite. Pourtant, des interrogations croissantes portant sur la pérennité de l'Euro ont révélé la fragilité d'une construction monétaire ne reposant pas sur des fondations juridiques communes. Des hommes de bonne volonté issus de la société civile (Paul Bayzelon au premier chef, inspirateur de l'OHADA) ont émis l'hypothèse que la zone Euro ne saurait prospérer que dans un cadre juridique uniforme, fort de règles du jeu commercial unifiées. De là l'idée de jauger préalablement l'apport du droit de l'Union en droit des affaires pris en son sens le plus large. L'Association Henri Capitant s'est vue confier la responsabilité de conduire ce travail préalable.

C'est dans ce but que pas moins quatorze contributeurs (Mireille Bacache, Martine Béhar-Touchais, Nicolas Binctin, Nicolas Cayrol, Philippe Dupichot, Charles Gijssbers, Cyril Grimaldi, Michel Grimaldi, Nathalie Martial-Braz, Franck Le Mentec, Pauline Pailler, Sophie Robin-Olivier, Philippe Pétel, Anne-Claire Rouaud) ont accepté de dresser un bilan de l'acquis communautaire et de ses limites dans pas moins de douze matières (droit du marché, droit du commerce électronique, droit des sociétés, droit des sûretés, droit de l'exécution, droit des entreprises en

difficulté, droit bancaire, droit des assurances, droit des marchés financiers, droit de la propriété intellectuelle, droit social, droit fiscal).

2 Quels sont les principaux enseignements de cet inventaire ?

Cet inventaire a permis de tirer deux sortes d'enseignements.

Au plan formel, le droit des affaires européen souffre d'un déficit d'accessibilité et d'intelligibilité dont l'Union elle-même semble consciente. L'éclatement des compétences entre l'Union et les États membres ainsi que les principes de subsidiarité et de proportionnalité sont de puissants freins à toute uniformisation.

Au plan du fond, la construction d'un droit des affaires européen reste profondément hétérogène et inachevée. L'acquis européen est souvent restreint dans les matières relevant de compétences partagées tandis qu'il est considérable dans celles qui, à l'inverse et telle le droit de la concurrence, relèvent de la compétence exclusive de l'Union. On saluera toutefois des constructions fort intéressantes permises par de véritables instruments de droit européen : groupement européen d'intérêt économique, société européenne, société coopérative européenne, titre exécutoire européen, saisie conservatoire européenne de comptes bancaires, marque européenne, dessins et modèles européens, droit des garanties financières, TVA (assiette).

Plus généralement, l'Union se penche de façon récurrente sur quelques thématiques qui

Suite page 6

De Pardieu Brocas Maffei renforce son équipe Concurrence / Concentrations avec l'arrivée d'**Emmanuel Durand** en tant qu'associé. Emmanuel Durand est spécialisé en droit de la concurrence. Il intervient à cet égard tant dans des affaires contentieuses en matière de pratique anticoncurrentielles que dans le domaine du conseil, notamment en contrôle des concentrations. Il a également développé une expertise reconnue en droit du sport et des médias.

Benoît Pauly a rejoint le cabinet **CLARIS Avocats** pour en devenir associé. Il intervient principalement en fiscalité personnelle et patrimoniale, tant en conseil qu'en contentieux. Benoît vient renforcer l'équipe de CLARIS Avocats dédiée au conseil aux dirigeants en apportant aux clients du cabinet son expertise et sa pratique de la fiscalité du patrimoine, appliquée en particulier aux management packages et à l'accompagnement des contrôles fiscaux des personnes physiques (ESFP). Il accompagne également les clients du cabinet CLARIS Avocats dans le cadre d'opérations patrimoniales (transmission d'entreprise, réorganisation du patrimoine), de changement de résidence fiscale (exit tax) et de régularisation d'avoirs étrangers non déclarés.

Simon Associés renforce son équipe de droit immobilier et accueille **Amélie Pinçon** en qualité d'Associée. Elle intervient depuis une dizaine d'années en droit immobilier, tant en conseil qu'en contentieux, et plus particulièrement en matière de vente immobilière, construction, baux civils et commerciaux.

Reboul & Associés annonce l'arrivée de **Vaea Pery** en droit fiscal et la coopération d'**Olivier Mourain** en M&A/ private equity aux postes d'associés. **Vaea Pery**, spécialisée en fiscalité des transactions et de dirigeants, reprend le flambeau de Frédéric Gérard et poursuit le développement de ce département, en renforçant notamment la fiscalité transactionnelle et celle du dirigeant. **Olivier Mourain**, avocat au sein du département fusions-acquisitions et private equity, était, depuis 2008, collaborateur du cabinet, est coopté associé.

lui sont chères (réglementation prudentielle, surveillance des établissements de crédit, des entreprises d'assurances ou des prestataires de services d'investissements, transparence des marchés financiers, restructurations des sociétés, lutte contre la fraude fiscale etc.) certes fondamentales, mais qui accèdent l'image d'Epinal d'un droit éloigné des préoccupations des PME et plus « financier » que véritablement « commercial ».

Ainsi, à l'exception notable des règles intéressant la concurrence, le commerce électronique et la propriété industrielle, il ressort de ces travaux que la construction européenne en droit des affaires s'est insuffisamment intéressée à la pratique quotidienne des commer-

cants et entrepreneurs de l'Union européenne et, plus généralement, de ceux qui ne sont ni banquiers, ni assureurs, ni consommateurs...

3 Quelles sont les perspectives dessinées par cet inventaire ?

Près de 60 ans après la signature du Traité de Rome, la construction d'un droit commercial européen reste largement à faire : qu'est par exemple devenu le projet de société privée européenne (SPE) ?

Une première étape pourrait consister en la consolidation de l'acquis communautaire en un Code européen de droit des affaires, recensant les règlements et le dernier état de la transposition des directives dans chacun

des États membres : un tel Code, conçu selon un plan didactique, accroîtrait grandement la lisibilité du droit de l'Union et rapprocherait ce dernier des Européens.

Et l'on se prend à rêver à plus long terme à la création d'un Haut Comité de droit des affaires, rassemblant d'éminents juristes, et qui aurait mission d'élaborer des règles uniformes de droit des affaires d'une qualité technique incontestable.

Une conférence internationale pourrait, les 23 et 24 mars 2017 à Rome, réfléchir utilement à ce que certains verront comme une utopie. Mais le précédent de l'OHADA doit inviter à faire preuve d'audace en réenchantant le rêve européen.

Focus

Panorama de l'entrepreneuriat 2016 de l'OCDE

La reprise de l'activité entrepreneuriale demeure contrastée d'un pays à l'autre, mais de nouvelles données publiées le 28 septembre 2016 laissent entrevoir une progression des taux de création d'entreprise dans la plupart des pays l'OCDE. Le rapport montre que la croissance a davantage dépendu en Europe des PME, dans leur rôle d'entraînement de la croissance économique, qu'aux États-Unis. Il démontre également que les petites entreprises rencontrent, pour pénétrer les marchés émergents, plus de difficultés que les grandes entreprises. Selon cette nouvelle enquête mensuelle, qui couvre les petites entreprises ayant des comptes Facebook actifs dans 22 pays du

monde entier, la proportion de jeunes entreprises, créées dans les trois dernières années - ayant des perspectives plus positives et prévoyant d'embaucher à court terme est plus élevée que la proportion correspondante d'entreprises bien établies - c'est-à-dire en place depuis plus de 10 ans.

Parmi les principaux indicateurs présentés dans le rapport on note :

- la disparités entre hommes et femmes : la plupart des pays affichent encore des disparités entre hommes et femmes 5,1 % des hommes âgés de 15 à 24 ans sont à leur compte, contre 3,6 % des femmes, et chez les 55 ans et plus, ces proportions s'établissent à 29,2 %

pour les hommes, contre 15,9 % pour les femmes. En moyenne, les hommes se disent plus souvent capables de trouver des financements pour créer leur entreprise ;

- les taux tendanciels de création d'entreprise : ils demeurent en dessous des niveaux antérieurs à la crise dans la plupart des économies de la zone OCDE. Le Canada, la France, la Norvège, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suède affichaient au contraire des taux en progrès fin 2015 et début 2016 par rapport à l'avant-crise. Ces derniers mois, la tendance est à la hausse dans la plupart des pays de l'OCDE ;
- les taux de faillite : en 2015, il était inférieur à celui d'avant la crise en Afrique du Sud,

Allemagne, au Brésil, Canada, États-Unis et Japon. À l'inverse, il était nettement en hausse en Autriche, en France, en Norvège et aux Pays-Bas, plus de deux fois plus élevé en Italie, et près de quatre fois plus élevé en Espagne, quoique ces deux pays affichent, en glissement trimestriel, de fortes baisses récentes ;

- la croissance du nombre de PME : dans la zone euro elle a dépassé celle observée aux États-Unis, mais l'inverse est vrai pour les grandes entreprises. Comme les PME affichent le plus souvent une moindre productivité de la main-d'œuvre, peut-être des facteurs structurels à l'origine de l'écart de productivité entre la zone euro et les États-Unis entrent-ils en jeu.

AVANCEMENT DES TEXTES



Deuxième lecture de la proposition de loi, adoptée avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (n° 496, 2015-2016) (13 oct. 2016)

EDITO / PAR **PHILIPPE DUPICHOT**, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE PARIS I (PANTHÉON-SORBONNE), SECRÉTAIRE GÉNÉRAL DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT



DU BREXIT AU CODE EUROPÉEN DES AFFAIRES

Le séisme du Brexit appelle des réponses diamétralement opposées. Pour les uns, la solution serait moins d'Europe... Pour d'autres, il faudrait au contraire plus d'Europe ! Dans cette dernière perspective, des voix s'élèvent pour dire que la zone Euro ne saurait prospérer sans règles du jeu commercial unifiées. De là, l'idée de dresser au préalable un inventaire de l'acquis communautaire en droit des affaires : élaboré par quatorze contributeurs sous l'égide de l'Association Henri Capitant, « *La construction européenne en droit des affaires : acquis et perspectives* » vient de paraître aux éditions Lextenso. Préfacé par Valéry Giscard d'Estaing et traduit en anglais et en allemand, il propose un bilan synthétique de l'apport de l'Union européenne dans douze matières (droit du marché, droit du commerce électronique, droit des sociétés, droit des sûretés, droit de l'exécution, droit des entreprises en difficulté, droit bancaire, droit des assurances, droit des marchés financiers, droit de la propriété intellectuelle, droit social, droit fiscal).

Que retenir ?

D'abord, que le droit des affaires européen souffre d'un déficit d'accessibilité et d'intelligibilité qui accrédite inopportunistement la thèse europhobe d'un droit désincarné et venu d'ailleurs. Ensuite, que la construction européenne en droit des affaires est hétérogène et inachevée : les principes de subsidiarité et de proportionnalité ont été de puissants freins à l'émergence d'un droit commercial véritablement européen.

Enfin, que l'Union entretient certaines « marottes » législatives : réglementation prudentielle, surveillance des établissements de crédit, des entreprises d'assurances ou des prestataires de services d'investissements, transparence des marchés financiers, restructurations des sociétés, lutte contre la fraude fiscale etc. Ces thématiques sont certes fondamentales : il n'en reste pas moins que l'Europe s'est insuffisamment intéressée à la pratique quotidienne de ses commerçants et entrepreneurs et, plus généralement, de ceux qui ne sont ni banquiers, ni assureurs, ni consommateurs... Près de 60 ans après la signature du Traité de Rome, la construction d'un droit commercial européen reste largement à faire.

Une sortie du Royaume-Uni ne serait-elle pas propice à ce que le droit continental structure davantage l'Europe des échanges ?

Comment agir ?

Il devient chaque jour plus étrange que les Européens commercent entre eux avec une monnaie unique mais des droits des affaires éclatés. Une sortie du Royaume-Uni ne serait-elle pas propice à ce que le droit continental – que l'immense majorité des États membres ont en partage – structure davantage l'Europe des échanges ?

Il importe dès à présent que les normes communautaires intéressant le droit des affaires soient codifiées à droit constant selon un plan à la fois didactique et thématique. Des liens garantiraient l'identification du dernier état des transpositions nationales des directives. Un Code bleu et or des affaires accroîtrait la lisibilité du droit de l'Union et le rapprocherait des citoyens européens.

Et, à long terme, on pourra caresser l'utopie qu'émerge un véritable droit des affaires européen, dont la qualité technique pourrait, par exemple, résulter des travaux d'un Haut comité du droit des affaires composé d'éminents juristes de l'Union.

La France, qui a éterné ce 1^{er} octobre 2016 son Code rénové des contrats, sait ce qu'elle doit à la codification. Ne devrait-elle pas contribuer, avec les autres pays fondateurs, à en faire le précieux don à l'Union ?



L'ACTION DU MOIS

«La construction européenne en droit des affaires : acquis et perspectives»

1157

Association
Henri Capitant

Avec le soutien de la Fondation pour le droit continental, du Conseil national des barreaux et du Barreau de Paris, quatorze universitaires et praticiens de l'Association Henri Capitant ont établi un inventaire de l'acquis européen en droit des affaires (V. not. *JCP G 2016, prat. 1093*).

Ce travail se veut fondateur d'une dynamique de consolidation de l'euro et de convergence entre les grands pays de la zone euro, par l'émergence d'un véritable droit des affaires commun. Il fait l'objet d'une publication aux éditions Lextenso, dans un ouvrage préfacé par le président Valéry Giscard d'Estaing. Cette initiative ayant reçu le soutien des universités de Münster et de Bayreuth, la publication intègre une traduction du texte en allemand en plus d'une traduction anglaise.

Ce travail poursuit un double objectif.

Le premier est d'inventorier l'acquis européen dans douze matières incontournables de la pratique des affaires : le droit du marché, le droit du commerce électronique, le droit des sociétés, le droit des sûretés, le droit de l'exécution, le droit des entreprises en difficulté, le droit bancaire, le droit des assurances, le droit des marchés financiers, le droit de la propriété intellectuelle, le droit social ou encore le droit fiscal.

Le second est de prolonger ce bilan par des pistes de réflexion afin de les soumettre à la discussion et de servir de base aux travaux à venir.

Cet inventaire permet de tirer plusieurs enseignements.

Sur le plan formel, le droit des affaires européen reste peu accessible, peu lisible. L'émergence d'un droit substantiel cohérent est également handicapée par l'éclatement des compétences ainsi que par les principes de subsidiarité et de proportionnalité. En conséquence, sur le fond, la construction du droit des affaires européen reste profondément hétérogène et inachevée. L'acquis européen est restreint dans toutes les matières relevant de compétences partagées. Il faut cependant saluer les avancées et constructions fortes intéressantes et permises par de véritables instruments de droit européen, tels que le Groupement

européen d'intérêt économique, la Société européenne ou encore le droit des garanties financières.

Il apparaît toutefois que le droit européen des affaires est aujourd'hui plus financier que commercial et qu'il appréhende les questions juridiques avec un prisme principalement financier. En témoignent les thématiques sur lesquelles l'Union se penche de façon récurrente, telles que la réglementation prudentielle et la surveillance des établissements de crédit, des entreprises d'assurances ou des prestataires de services d'investissements, ou encore la lutte contre la fraude fiscale.

À l'exception notable des règles intéressant la concurrence, telles que le commerce électronique et la propriété industrielle, il ressort des travaux des experts que la construction européenne en droit des affaires ne s'est pas attachée réellement à la pratique quotidienne des commerçants et entrepreneurs de l'Union, ni, plus généralement, de ceux qui ne sont ni banquiers, ni assureurs, ni consommateurs.

La conclusion de cet inventaire est donc que, hormis certains secteurs, la construction d'un droit commercial européen reste ainsi largement à faire.

Une fois le diagnostic de l'acquis communautaire réalisé, les experts ouvrent donc les pistes de réflexion et formulent les propositions concrètes en vue d'aboutir à la création d'un Code européen des affaires en consolidation de l'euro.

En tout premier lieu, une codification permettrait au droit de l'Union de gagner en intelligibilité et accessibilité et s'adapterait à l'esprit de droit continental de la grande majorité des pays européens. À droit constant dans un premier temps, cette codification pourrait, à terme, être le réceptacle d'un droit des affaires véritablement unifié.

Sur le fond, un tel projet de codification serait l'occasion de légiférer sur les thématiques habituellement délaissées par l'Union. Les auteurs proposent ainsi de s'interroger sur l'opportunité de perspectives aussi diverses que la création d'une Société privée européenne, d'une sûreté conservatoire européenne ou de la reconnaissance de la dimension sociale de la migration des travailleurs dans l'Union.

Cet ouvrage est une contribution essentielle à ce qui pourrait être la relance de la construction européenne par le droit de l'entreprise. Espérons que 2017, année qui marquera le soixantième anniversaire du traité de Rome, verra une initiative politique voir le jour, qui permettra de poser les bases d'un droit des affaires unifié en consolidation de l'euro. ■