

Elise Bernard (PhD)
« Pour un Code européen des affaires »
Policy Paper publié par
Question d'Europe n°418 - 23/01/2017
Fondation Robert Schuman

Afin de surmonter les difficultés auxquelles l'Union européenne fait face, il est indispensable de faire la preuve que le processus d'intégration est toujours dynamique et que l'Union est capable de répondre aux besoins de ses citoyens.

Les compétences historiques des communautés, dans le marché intérieur, justifient une action dans le domaine des affairesⁱ ; une harmonisation de ce domaine constitue la suite logique de la libéralisation du marchéⁱⁱ. En effet, il est difficile de créer un véritable espace économique sans appliquer des règles similairesⁱⁱⁱ à tous ses acteurs.

Dans le domaine des affaires, l'UE s'est essentiellement concentrée sur la protection des consommateurs et, avec la crise financière, sur la réglementation des marchés financiers^{iv}. De leur côté, les entreprises, éléments moteurs du marché, sources premières de richesses, d'emplois et de recettes fiscales, font face à un patchwork de règles européennes, d'application ponctuelle. **Cette complexité au quotidien entrave les opérateurs économiques, en particulier les Petites et Moyennes Entreprises (PME), de mettre à leur profit le droit de libre circulation.**

La rédaction d'un code européen des affaires, consolidant les règles déjà existantes en un seul document structuré et compréhensible, permettrait non seulement un panorama du droit existant mais aussi une meilleure visibilité des réglementations nécessaires pour envisager un cadre européen à la vie des affaires, au quotidien. Un tel code, dans la lignée du programme REFIT^v, permettrait d'éviter des solutions aussi complexes qu'inefficientes^{vi}.

Ce projet, en faveur de la rédaction d'un code européen des affaires, répond à une logique « *bottom-up* » qui semble actuellement faire défaut à l'UE ; à l'heure où un sentiment d'imposition du droit européen en provenance « d'en haut » est régulièrement dénoncé, il est nécessaire de mettre en avant la possibilité du développement d'une législation par des praticiens du droit et du monde entrepreneurial, dans la même logique que celle du développement historique du droit du commerce (*Lex Mercatoria*)^{vii}. En effet, le commerce et sa régulation occupent une place particulière dans

l'ordre juridictionnel ; dans certains Etats membres, les litiges commerciaux sont tranchés par des formations spéciales composées de praticiens et non pas par des juges judiciaires.^{viii}

I/ Le code européen des affaires : Un projet nécessaire pour consolider le marché unique

A) Le constat des vides juridiques en droit européen des affaires et d'une hétérogénéité des droits nationaux

La construction européenne est marquée par un réel effort de mise en place d'un droit matériel de l'UE, depuis le premier Traité CECA, par le biais de règlements, directives, recommandations, communications et jurisprudences. Cependant, les textes et décisions de justice relatifs au droit du commerce restent encore difficilement accessibles et peu explicites pour les entreprises et plus largement pour les citoyens européens.

Cette mosaïque de règles^{ix}, d'application ponctuelle, nécessite une connaissance poussée du droit européen pour permettre sa mise en œuvre ; l'entrepreneur au quotidien, celui qui ne dispose pas d'un service juridique, se retrouve fréquemment en situation d'ignorance de la loi.

La pratique des affaires en Europe est largement impactée par ce manque d'unification. En effet, le droit des affaires regroupe plusieurs matières telles que le droit des sociétés, le droit des sûretés, le droit de l'exécution, le droit des entreprises en difficultés, le droit bancaire, le droit des assurances, le droit des marchés financiers, le droit de la propriété intellectuelle, le droit du commerce électronique, le droit social, ainsi que le droit fiscal^x. Autrement dit, le droit des affaires est une branche du droit englobant, au-delà de la distinction entre droit public et droit privé, la réglementation des différentes composantes de la vie économique : ses cadres juridiques, ses agents, les biens et services qui en sont l'objet, et la totalité des activités

économiques. Ces matières touchent à l'ensemble des échanges transfrontaliers européens, au développement économique de l'UE et plus largement, à l'équilibre de l'Eurozone^{xi}.

Force est de constater qu'il existe des vides juridiques en droit européen des affaires et une évidente hétérogénéité entre les différents ordres juridiques nationaux. Diverses raisons l'expliquent. Tout d'abord, du fait de la répartition des compétences dans les traités^{xii}, plusieurs matières du droit des affaires relèvent de compétences différentes. Par exemple, le droit de la concurrence relève de la compétence exclusive de l'UE^{xiii}, tandis que la fiscalité relève, dans une certaine mesure, de compétences partagées.^{xiv}

Ensuite, lorsque le droit de l'UE est inexistant dans une thématique particulière, l'Etat membre applique son propre droit et ce dernier ne va pas forcément dans le sens d'une harmonisation européenne. À titre d'exemple, la législation concernant les fusions de sociétés, différente dans chaque Etat membre, est source de difficulté dès lors que deux PME, localisées dans deux Etats membres distincts, souhaitent fusionner, dans l'objectif de s'assurer un meilleur positionnement concurrentiel^{xv}.

Ce droit européen des affaires reste donc disparate et considéré comme un droit parallèle, facultatif, alors qu'il devrait être un droit clair et effectif dans un marché intérieur intégré.

B) La nécessité d'une régulation spéciale pour le droit du commerce européen

De fait, en termes de régulation du marché, l'UE s'est concentrée sur les aspects institutionnels^{xvi}, tandis que les relations « de commerçant à commerçant » ou de « société à société » n'ont pas connu de réglementation effective au niveau européen.^{xvii}

Des tentatives de prise en compte de ces acteurs économiques par l'UE ont eu lieu mais n'ont pas été concluantes. À titre d'exemple, le statut de Société Européenne^{xviii} n'a pas produit le même engouement dans tous les Etats membres. Le résultat est similaire pour le statut de Société Coopérative Européenne^{xix} qui n'a pas réussi à combiner identité européenne et mobilité des coopératives.

En application de la liberté de circulation des biens^{xx} et des personnes^{xxi}, véritables succès caractérisant le droit matériel de l'UE, la législation doit non seulement s'adapter au développement du marché mais aussi à la vie quotidienne des affaires. Il apparaît nécessaire de cerner les axes de progrès

permettant d'avancer, vers un cadre européen de droit des affaires réellement intégré.

Une réglementation codifiée des relations commerciales entre acteurs économiques permettrait non seulement de maximiser les chances de sécuriser le cadre réglementaire applicable mais aussi, de protéger et d'encourager les échanges transfrontaliers et les investissements des PME, qui constituent l'essentiel du tissu économique de l'UE. En d'autres termes, cette technique serait l'occasion de témoigner du dynamisme et de la qualité des échanges intra-communautaires afin de relancer la construction européenne.

Pour éviter de tomber dans le piège d'un droit matériel inaccessible et non-pédagogique au regard du citoyen européen, ce processus de codification doit provenir d'initiatives populaires et praticiennes. L'introduction de telles initiatives, dans le processus de législation, aurait également l'effet positif d'approcher la construction européenne de ses principaux bénéficiaires.

II/ Un Code européen des affaires, inspiré par les citoyens, garant de l'approfondissement de l'Europe

A) Les citoyens s'adressent aux citoyens

Afin de consolider le marché unique et donc relancer la construction européenne, il convient de débattre, de discuter et d'analyser les avantages, inconvénients et lacunes de la réglementation quotidienne régissant les rapports entre citoyens européens, dans chaque « écosystème » de la société civile.

Un premier travail édité par l'Association Henri Capitant, durant l'année 2016^{xxii}, met en évidence 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 entreprises en difficultés ; le droit bancaire ; le droit des assurances ; le droit des marchés financiers ; le droit de la propriété intellectuelle ; le droit social ; et le droit fiscal.

Cet ouvrage, préfacé par le Président Valéry Giscard d'Estaing, a été réalisé par quatorze juristes de l'Association Henri Capitant^{xxiii} avec le soutien de la Fondation pour le Droit Continental, du Barreau de Paris et du Conseil National des Barreaux. Il se veut fondateur d'une dynamique de consolidation de l'Eurozone et de convergence entre les Etats fondateurs de l'UE^{xxiv}. Cette initiative est largement soutenue par des universitaires allemands des Universités de Münster, Bayreuth et Bonn et est

également soutenue par des juristes italiens et belges^{xxv}.

Certes, cette publication permet de faire le point sur l'acquis européen en droit des affaires mais elle va plus loin en ce qu'elle met en évidence les axes de progrès qui permettraient de construire un droit européen des affaires réellement intégré et codifié.

Quels sont les moyens mis à notre disposition pour permettre l'élaboration citoyenne de ce « Code » ?

La France, l'Allemagne, l'Italie et la Belgique sont des pays de tradition romano-germanique, si bien que leur droit repose, en bonne partie, sur l'existence de codes regroupant leurs législations respectives. Il semble opportun de tirer parti de cette riche tradition continentale et de promouvoir l'unification du droit des affaires par la codification à l'échelle européenne.

Toutefois, si l'Europe est connue comme la meilleure représentante du droit romano-germanique et du processus de codification, force est de constater que les codifications dans le domaine du droit des affaires, entreprises avec succès, ne sont pas européennes.

En effet, héritiers du système anglo-saxon de droit non-écrit, les Etats-Unis d'Amérique sont les premiers, avec leur *Uniform Commercial Code* à avoir codifié les régulations du droit des affaires, à l'initiative de l'American Law Institute, fondé en 1923, et réunissant des professeurs, des praticiens, des avocats et des juges. Publié pour la première fois en 1952, ce Code constitue un instrument de travail, au quotidien, pour les entrepreneurs et commerçants américains ; adopté et transposé par l'ensemble des juridictions américaines, il est toujours qualifié comme étant la « plus grande *Success Story* dans l'histoire législative des Etats Unis ». ^{xxvi}

Par la suite, la création de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des affaires, en 1993, rassemblant les pays d'Afrique francophone a établi et codifié une législation en droit des affaires – le Code pratique OHADA^{xxvii} – facilitant les échanges, les investissements et garantissant la sécurité juridique des activités des entreprises. Ce Code, d'initiative populaire, constitue une véritable réussite car il a permis une accélération du développement économique et la création d'un marché intégré dans les pays africains concernés^{xxviii}. Ces processus de codification ont été réalisés à partir d'une même volonté citoyenne « *bottom-up* » : des citoyens vers les institutions. Cette démarche est un gage de réussite et cimente le sentiment d'appartenance à une aire géographique et culturelle. L'Histoire nous a démontré que l'union

des peuples – leurs différences ou leurs similitudes important peu – ne peut pas être imposée, elle tire au contraire sa force de la multitude des volontés individuelles en faveur d'un peuple, d'une gouvernance et d'un droit, pour reprendre le slogan en faveur de l'unification des provinces allemandes du XIXe siècle.

Les bénéfices de la codification issue d'une initiative en provenance des spécialistes académiques, praticiens du droit et du commerce sont multiples. Tout d'abord, gagner en intelligibilité et en accessibilité du droit pour les citoyens. Il est indiscutablement question d'une tendance notable : le *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) allemand est régulièrement complété et garantit un document compilant les textes réglementant le commerce^{xxix} ; en France, en 2016, la réforme du droit des contrats a pour objectif de rendre le droit plus lisible^{xxx}, tandis que le Code des Relations entre le Public et l'Administration fait le point sur les démarches permettant aux citoyens de mettre fin aux litiges avec leurs services publics^{xxxi}.

A) Un cadre réglementaire unifié au service des citoyens pour consolider le marché unique

1- Policy options (pros and cons) et caractéristiques des preuves :

À l'heure actuelle, envisager l'élaboration de ce code européen des affaires est une des réponses les plus concrètes à la critique selon laquelle l'Europe se trouverait trop éloignée de ses citoyens. Elle illustre ce qui a permis, sans aucun doute, la construction européenne : l'idée de faire reposer l'Europe sur un cadre réglementaire unifié.

Loin de constituer uniquement une nécessité « pour les juristes », œuvrer pour ce code est un projet politique qui nous concerne tous, en ce qu'il serait, à tout le moins, source de transparence : membres de la société civile, entrepreneurs, étudiants, professeurs, représentants de la démocratie locale, nationale et européenne ont tous à gagner si ce projet se concrétise.

Ce projet constitue l'occasion de rassembler l'ensemble des citoyens européens autour d'un projet commun, chacun pouvant y apporter son vécu ou son expertise, afin de faire le point sur la vie des affaires au quotidien. **Envisager un code européen du droit des affaires revient à mener un projet politique en faveur de la concrétisation d'une idée : une Europe faite par et pour les citoyens.**

C'est vers cet objectif que sont orientées les actions du Collectif EuropaNova ; pour une construction européenne capable de résister aux crises et aux tentations de repli sur soi. Depuis sa création, ce

Collectif s'est engagé pour une Europe plus proche des citoyens ; envisager l'élaboration de ce code permet d'imaginer la mise en place d'un projet commun aux Etats membres de l'Union européenne tout en permettant l'implication des citoyens européens et des institutions européennes.

Ainsi, EuropaNova s'engage à communiquer les avancées réalisées par les Professeurs de droit précités – et ceux qui les rejoindront - pour faire état de chaque compte-rendu sur les règles actuelles régissant les rapports entre acteurs économiques de l'UE (de la multinationale à la TPE en passant par la *start-up*). À plus long terme, il s'agit d'encourager - face à un panorama plus clair des règles existantes et manquantes - la création d'un cadre législatif et réglementaire accessible pour l'UE, pour la zone Euro et enfin, dégager un régime fiscal unifié et cohérent, pour plus d'attractivité.

Ce projet, revient à mettre le droit au service des citoyens pour relancer une Europe qui rassemble les citoyens et qui leur ressemble.

Le processus de codification est présenté comme complexe et peu transparent. Néanmoins, en focalisant sur la volonté de relance de l'Europe par les citoyens européens, ce code européen des affaires constituerait un projet fédérateur et donnerait les moyens à quiconque, quand bien même il ne serait pas juriste, ni spécialiste des institutions européennes, de participer à l'édification des règles le concernant.

Aujourd'hui, ce projet constitue une réponse concrète pour assurer la relance de la construction européenne par le droit de l'entreprise. Il n'en est certes, qu'à ses prémices mais il dispose d'une feuille de route précise.

2- Un instrument de travail façonné par un Haut Comité du droit des affaires

Après la pose de la première pierre permise par l'inventaire de l'Association Henri Capitant, la seconde étape envisagée serait la création, sous l'impulsion des Chefs d'Etat et de gouvernement, d'un Haut Comité de droit des affaires, rassemblant des juristes (académiques et praticiens) et des représentants des entreprises. Ce Comité, représentatif des acteurs économiques de l'UE, procéderait à la codification du droit européen et à l'édiction de recommandations à destination des colégislateurs de l'Union.

Les personnalités, spécialistes dans leur domaine, réunies au sein de ce Haut Comité, pourront rendre

compte des éléments de droit communs, des éléments similaires et des éléments témoignant d'une inefficience du droit.

Les représentants des entreprises, juristes ou non, peuvent témoigner des éléments permettant clairement le bon déroulement des échanges commerciaux intra-communautaires et intra-Eurozone, mais aussi des blocages. C'est avec ces témoignages et expertises que ce code pourra être accessible à tous les acteurs économiques quelles que soient leurs connaissances. C'est dans ce cadre qu'**EuropaNova soutient activement l'association Henri Capitant afin de mettre en place un véritable lien avec ceux qui vivent le commerce européen, au quotidien. Grâce aux réunions régulières de son groupe de travail consacré au code européen des affaires, EuropaNova concrétise le rapprochement entre théoriciens et praticiens de diverses disciplines et de divers milieux.**

Pour être accessible à tous, ce code doit prendre la forme d'un réel instrument de travail ludique et pédagogique, pour tous les acteurs de la vie économique. Concrètement, un code qui présenterait, matière par matière, les règles européennes de la vie des affaires ; disponible sous forme électronique, pour s'adapter aux nouvelles technologies d'information et de communication.

En élaborant un tel ouvrage, la preuve sera faite qu'il existe bel et bien un environnement de convergence ; toutes les entreprises européennes, quelle que soit leur taille et leurs moyens, pourront devenir vecteurs et acteurs de l'unité européenne.

À l'approche des soixante ans du Traité de Rome, symbole fort de la construction européenne, il convient de rendre hommage à la mise en place du marché unique et de remettre en avant la simplification des relations commerciales entre Etats membres, telle qu'elle pouvait apparaître dans les arrêts fondateurs de la Cour de Justice^{xxxii}.

Ainsi, nous invitons les institutions européennes, en particulier le Parlement européen et le Conseil de l'Union, à accueillir ce projet citoyen vecteur d'un nouveau dynamisme européen en cette période de crise et de doutes.

Nous invitons le Parlement européen à étudier les modalités de création d'un Haut Comité du droit des affaires en Europe et lui demandons de s'approprier ce projet qui a vocation à renforcer la colonne vertébrale de l'activité économique européenne.

i Depuis l'achèvement du marché unique en 1992, le commerce inter-UE de marchandises est passé de 800 milliards d'Euros en 1992 à 28000 milliards euros en 2011. De 12% du PIB en 1991, il est passé à 22% en 2011. Ces chiffres sont issus du rapport de la commission européenne '20 ans de marché unique' publié en 2012 par l'office de publications de l'UE.

ii Après la suppression des droits de douanes, des restrictions quantitatives et des mesures équivalentes, l'harmonisation du droit de commerce permettra la suppression des barrières pratiques susceptibles de ralentir le commerce intra-UE aujourd'hui.

iii Similaires et non pas identiques car l'objectif n'est pas tant l'égalité formelle que l'égalité substantielle des acteurs économiques.

iv MATTHIAS LEHMANN 'Braucht Europa ein Handelsgesetzbuch?' *ZHR*, à paraître, janvier 2017.

v COM(2010) 543 final, Commission, COM(2012) 746 final, Programme lancé par les institutions européennes qui vise à rendre la législation européenne plus simple et mettre en place un cadre réglementaire clair, stable et prévisible, favorable à la création d'emplois.

vi La décision récente du Conseil d'État, CE Ass., 31 mai 2016, Jacob, n° 393.881 illustre cette complexité du droit en matière de droit des sociétés. Les Conseil d'État s'est vu obligé de poser une question préjudicielle à la CJUE afin de déterminer si une question prioritaire de constitutionnalité soulevée par le demandeur au pourvoi **était sérieuse** (une des conditions prévues à l'article 61-1 de la constitution française relative à la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité) dans un litige concernant la réglementation fiscale nationale (II de l'Article 92 B et L_4 de l'article 160 du code général des impôts français), et européenne (Article 8 de la Directive 90/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990), en matière de report d'impôt sur une plus-value d'échange.

vii Droit coutumier mercantile, développé au moyen âge dans l'Europe de l'Ouest par des commerçants et des juges commerçants, applicables aux échanges commerciaux transfrontalières. Traduit de l'anglais de 'Lex Mercatoria' par ANA MERCEDES LÓPEZ RODRÍGUEZ School of Law, Department of Private Law University of Aarhus.

viii MATTHIAS LEHMANN, *op.cit.* : tribunaux de commerce en France et en Belgique et Handelsgerichte (chambre spécialisée du tribunal régional) en Allemagne.

ix e.g. Directive 2011/7/EU concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales; Directive 68/151/EEC 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; Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants.

x Association Henri Capitant, « La construction européenne en droit des affaires, acquis et perspectives », Lextenso, 2016.

xi De 1995 à 2012 les échanges économiques entre États membres de l'UEM ont été multipliés par 2,3 selon les bases de données d'Eurostat.

xii Article 2 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ci-après TFUE).

xiii Articles 3(b), 101 et 102 du TFUE.

xiv Articles 110 à 113 du TFUE, les compétences de l'Union Européenne en matière de fiscalité se limitent aux règles nécessaires pour garantir le bon fonctionnement du marché intérieur et la lutte contre l'évasion fiscale, toute décision relative aux règles fiscales doit être prise à l'unanimité.

xv L'arrêt *Sevic Systems AG* (C-411/03) du 13 décembre 2005 rendu par la Cour de justice en est une illustration. En l'espèce, il était question d'un contrat de fusion conclu entre une société ayant son siège social en Allemagne et une autre société établie au Luxembourg, prévoyant la dissolution sans liquidation de la dernière société et la transmission universelle de patrimoine à la société allemande or la législation allemande ne prévoit uniquement que les fusions entre sociétés ayant leur siège social en Allemagne, la fusion ne pouvait donc être enregistrée au registre du commerce allemand.

xvi La collaboration entre les autorités nationales de la concurrence et la commission européenne formalisé dans le Règlement (CE) no 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE ; l'interdiction des droits de douane ou des taxes d'effet équivalent et l'interdiction des restrictions quantitatives à l'importation ou l'exportation ou des mesures d'effet équivalent prévues aux articles 30 à 37 du TFU ; et les règles concernant les aides d'état (Articles 107 à 109 TFUE).

xvii Certes il y a eu des initiatives d'harmonisation du droit européen des contrats avec la Commission Lando, chargée d'ériger les principes de droit européen des contrats. Cette initiative a donné naissance à un Livre vert, édité le 1^{er} juillet 2010, relatif au droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises [COM(2010) 348 final] suivi par une résolution du Parlement européen, du 8 juin 2011, sur les actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises (2011/2013 (INI)).

xviii Règlement n°2157/2001 du 8 octobre 2001, certes transposé en droit français par une loi du 26 juillet 2005.

xix Règlement n°1435/2003 du 22 juillet 2003.

xx Articles 26 et 28 à 37 du TFUE.

xxi Articles 3§2 du TUE, Article 4§2, Articles 20, 26, 45 à 48 du TFUE.

xxii Association Henri Capitant, « La construction européenne en droit des affaires, acquis et perspectives », *op.cit.*

xxiii Pr. Mireille Bacache, Pr. Martine Béhar-Touchais, Pr. Nicolas Binctin, Pr. Nicolas Cayrol, Pr. Philippe Dupichot, Pr. Michel Grimaldi, Pr. Charles Gijsbers, Pr. Cyril Grimaldi, Pr. Nathalie Martial-Braz, Maître Franck Le Mentec, Pr. Pauline Paillet, Pr. Sophie Robin-Olivier, Pr. Philippe Pétel, Pr. Anne-Claire Rouaud.

xxiv PHILIPPE DUPICHOT, « Du Brexit au Code européen des affaires », *Droit et Patrimoine*, n°262, octobre 2016.

xxv Pr. Reiner Schulze, Pr. Jessica Schmidt et Pr. Matthias Lehmann avec Me Alberto Saravalle, Pr. Mauro Bussani rejoints par Pr. Alain Strowel, Pr. Alexia Autenne et Pr. Henri Culot.

xxvi *Uniform Commercial Code*, Legal Information Institute, <https://www.law.cornell.edu/ucc>

xxvii Francis Lefebvre, 2013, 1^{re} éd., sous dir. Barthélemy Marcadal, nouvelle édition parue le 05/10/2016.

xxviii On relève, sur ce modèle, la création de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit et des Affaires dans la Caraïbe, <http://www.ohadac.com/article/3/ohadac-pour-un-droit-des-affaires-unifie-dans-la-caraibe.html>

xxix Transposition de la directive 2014/26/UE sur la protection du droit d'auteur sur internet.

xxx *Ordonnance* n° 2016-131 du 10 février 2016.

xxxi *Ordonnance* n° 2015-1341 du 23 octobre 2015.

xxxii « En vertu de la jurisprudence constante de la Cour, tomberait sous le coup de l'interdiction de l'article 30 du traité CEE **toute mesure apte à entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, les importations entre États membres.** » : CJCE 20 février 1979, Cassis de Dijon.