

Un grand pas au lieu d'une optimisation lente des détails :

En faveur d'un code européen du droit des affaires

par Dr. Şirin Özfirat¹

Abstract

Le 22 janvier 2019, l'Allemagne et la France ont signé le Traité d'Aix-la-Chapelle. Jour pou jour en 1963, le Chancelier de la République fédérale d'Allemagne, Konrad Adenauer, et le Président de la République française, Charles de Gaulle, avaient signé un premier traité d'amitié franco-allemand, dit le Traité de l'Élysée, qui a permis à ces deux pays européens de se rapprocher et de laisser leur passé commun, caractérisé par une hostilité de longue date et de nombreuses guerres, derrière eux. Suite à sa signature, le Traité de l'Élysée est devenu le symbole des relations franco-allemandes et le moteur du projet européen. Ce nouvel accord, le « Traité de l'Élysée 2.0 », vient compléter le traité de 1963 et doit donner un nouvel élan aux relations franco-allemandes. La politique européenne en matière d'économie et de marché de l'emploi constitue un pilier du nouvel accord. Il est prévu de lancer une initiative commune en faveur d'investissements pour l'avenir afin de favoriser la croissance et la création d'emplois. Cependant, des investissements transfrontaliers à l'échelle européenne et les créations d'entreprises nécessitent des incitations sous forme de conditions-cadre intéressantes. Un cadre juridique homogène et fiable constitue une telle incitation pour les investisseurs et les entreprises (de toute taille).

I. Introduction

Selon le groupe de travail franco-allemand entre l'Assemblée nationale et le Deutscher Bundestag², le nouveau Traité de l'Élysée doit renforcer les régions frontalières. Entre autres, les parlementaires réclament un programme d'investissements franco-allemand. Jusqu'à présent, les projets transfrontaliers d'entreprises franco-allemandes se heurtent souvent à des obstacles juridiques liés à l'incompatibilité des deux systèmes juridiques. Les conditions économiques au sein de l'Union européenne restent très disparates. Pour qu'ils puissent exploiter tout leur potentiel, les marchés uniques nécessitent des conditions-cadres uniques. Des règles différentes appliquées par les Etats membres causent des coûts d'information et de transaction élevés. Cela peut décourager certains acteurs. Mais comment arriver à un taux d'intégration économique plus élevé ?

Le processus de l'intégration européenne est arrivé à un point où il est devenu difficile, en utilisant les moyens politiques et juridiques actuels, de répondre aux attentes exprimées par certains Etats membres à l'égard de l'Union européenne. Il y a plus d'un an, le Président de la République française a présenté sa stratégie dans ce domaine : le renforcement de la coopération supranationale et

¹ L'auteure est cheffe de bureau et porte-parole du Ministère de la Justice de la Sarre à Sarrebruck. Ce texte a été publié dans la revue NJOZ 2019, 689.

² Groupe de travail franco-allemand sur le Traité de l'Élysée, cf.

https://www.bundestag.de/ausschuesse/weitere_gremien/elysee_vertrag (consulté le 28 février 2019).

l'approfondissement de l'Union. La question déterminante pour l'avenir de l'U.E. reste la suivante : unité ou diversité ? Et : est-ce vraiment impossible d'avoir les deux en même temps ?³

Depuis les traités fondateurs, la communauté des Etats européens est marquée par ces deux antipodes que sont l'unité et la différence. La synergie entre deux éléments opposés, à savoir la souveraineté territoriale et les liens transnationaux, caractérise la structure juridique de l'Union. Que l'on considère cela comme une erreur dans la construction de l'Europe ou non, ce « paradoxe constitutif dans la fondation » (*Guski*⁴) a été souhaité dès le début. Le cœur de l'intégration européenne – le marché intérieur – désire depuis toujours être un espace sans frontières internes. Cependant, il est un espace avec des frontières internes dans la mesure où les Etats membres continuent de disposer de particularités juridiques, linguistiques, culturelles et géographiques et de droits souverains d'autodétermination.⁵ L'objectif n'est pas uniquement d'uniformiser le droit à travers des règlements mais également de respecter les particularités des Etats membres différents en adaptant – selon les cas individuels – la *façon* de transposer des directives et des accords-cadres. D'un côté, l'Union européenne cherche alors l'unité, de l'autre côté, elle ne la cherche pas. Partant de ce constat, vaut-il mieux disposer d'un droit des affaires homogène ou hétérogène ? Comment correspondre à des attentes politiques, économiques et juridiques s'il est complètement impossible actuellement et non-entièrement possible à long terme de les respecter ?⁶

Si on s'engage en faveur d'une harmonisation accrue du droit des affaires, il ne faut pas se laisser décourager par le dilemme structurel d'une uniformité qui ne sera jamais réalisée entièrement des conditions-cadre pour les entreprises en Europe. L'outil de la coopération renforcée peut faciliter la gestion du paradoxe décrit ci-dessus opposant unité à diversité pour que le processus de l'intégration ne soit pas freiné dans son ensemble.⁷

II. Quel contenu pour un code européen du droit des affaires?

Depuis quelques années, depuis 2016 au plus tard⁸, un vrai débat sur l'idée d'un « code européen du droit des affaires » est lancé. Ce terme même est susceptible de faire peur à de nombreux juristes qui pourrait craindre une uniformisation exagérée ignorant les particularités des ordres juridiques nationaux établis. Cela serait dommage car il n'y a pas uniquement la possibilité d'une harmonisation voire d'une uniformisation du droit substantiel mais également, dans un premier temps, au niveau du droit procédural celle d'inventorier et de structurer systématiquement les sources de droit de l'Union déjà existantes dans le domaine du droit des entreprises et des affaires.

Un code européen du droit des affaires peut alors avoir de nombreuses formes. Au moins, il peut être un sommaire intelligent de la législation existante de l'Union au niveau économique, même si cette législation n'a pas été adoptée dans le cadre d'une codification commune mais individuellement et au fil du temps. Afin d'y parvenir, il serait nécessaire de rassembler toutes les normes du droit de l'Union liées à l'économie et de créer une structure didactique et basée sur le fond au sein de

³ Cf. Guski, GPR 2017, 274 (page 274 et suivantes).

⁴ Guski, GPR 2017, 274 (page 274 et suivantes et les références).

⁵ Guski, GPR 2017, 274 (page 274 et suivantes).

⁶ Cf. Guski, GPR 2017, 274 (275).

⁷ Cf. aussi Lehmann, ZEuP 2017, 217.

⁸ L'année de la publication de l'étude réalisée par l'Association Henri Capitant, La construction européenne en droit des affaires : acquis et perspectives.

l'ensemble de ces normes. Des applications « legaltech » tels que *juris* en Allemagne pourraient faciliter la création d'un sommaire numérique européen permettant d'identifier facilement l'état actuel ainsi que les besoins concernant la transposition et l'adaptation des directives et d'autres sources du droit de l'Union par rapport au droit national respectif. Un tel code du droit des affaires qui constituerait tout d'abord une codification du droit substantiel augmenterait de manière non-négligeable l'accessibilité et la compréhensibilité du droit de l'Union au profit des citoyens des Etats membres – qu'ils soient praticiens du droit ou non.⁹ Un code européen du droit des affaires reflétant les règles existantes au sein d'un code cohérent et structuré illustrerait, d'un côté, les acquis du droit des affaires européen et, de l'autre côté, le besoin qui existe encore en termes d'harmonisation au niveau européen.¹⁰

A long terme, il pourrait être envisageable, le cas échéant, de créer un code européen du droit des affaires substantiel harmonisant voire – entièrement ou partiellement – uniformisant le droit des affaires des Etats membres.¹¹

III. Un code européen du droit des affaires – pourquoi ?

Les entreprises européennes sont des moteurs et des sources importantes pour la création de valeur, d'emplois et de recettes fiscales sur le marché européen. Jusqu'à présent, elles font face à un véritable patchwork juridique européen. Cette masse de normes représente notamment un obstacle pour les petites et moyennes entreprises (PME). Elles ne sont pas capables de profiter suffisamment de la liberté du marché.¹² Il est peu compréhensible que (actuellement) 28 Etats membres doivent mener leurs échanges commerciaux sous un régime fragmenté en droit des affaires – 19 parmi eux partageant même une monnaie unique.¹³

Si les normes en vigueur en matière du droit des affaires de l'Union étaient rassemblées au sein d'un code, une structure didactique appropriée pourrait permettre à tous ceux qui sont concernés par ces normes et, en général, au public dans son ensemble de mieux comprendre ces normes.

Grâce à des règles uniformes en droit des affaires substantiel, les entreprises au sein de l'U.E. seraient guidées par les mêmes règles ce qui faciliterait leurs échanges. Cela favoriserait les échanges transfrontaliers qui augmenteraient. Une sécurité juridique accrue et une attractivité économique des Etats membres obtenues grâce à une harmonisation et / ou une uniformisation juridique renforcerait l'intégration européenne et favoriserait de nouveaux investissements. Un code européen du droit des affaires permettrait de diminuer les coûts pour les conseils et les transactions ce qui profiterait avant tout aux petites et moyennes entreprises.

⁹ Cf. Philippe Dupichot, Vom Brexit zum Europäischen WirtschaftsGesetzbuch, à consulter sous : <http://www.codeeuropeendesaffaires.eu/2016/11/10/vom-brexit-zum-europaischen-wirtschaftsgesetzbuch/>.

¹⁰ Bayzelon/Bernard, Für ein Europäisches WirtschaftsGesetzbuch, Policy Paper Fondation Robert Schuman, Europäische Fragen n. 418, 23 janvier 2017.

¹¹ Cf. Philippe Dupichot, Vom Brexit zum Europäischen WirtschaftsGesetzbuch, à consulter sous : <http://www.codeeuropeendesaffaires.eu/2016/11/10/vom-brexit-zum-europaischen-wirtschaftsgesetzbuch/>.

¹² Bayzelon/Bernard, Für ein Europäisches WirtschaftsGesetzbuch, Policy Paper Fondation Robert Schuman, Europäische Fragen n. 418, 23. Januar 2017.

¹³ Dupichot, ZEuP 2017, 245.

Dans les deux cas, la forme, la structure et le style d'un code européen du droit des affaires devraient varier du droit de l'Union actuel et être orientés selon le principe « form follows function » (la forme est dictée par la fonction). Le public ciblé, à savoir les entrepreneurs, doit également être associé à cette démarche. Il pourrait être intéressant d'adopter un règlement qui rassemble et codifie les actes juridiques sectoriels de l'U.E. et qui simplifie en même temps la technique juridique et le langage. Cela permettrait de faciliter l'accès au droit et de baser celui-ci sur les besoins des citoyens et des entreprises de l'U.E.¹⁴

Dans le cadre du libre échange des marchandises et des personnes, la législation doit s'adapter, au niveau du fond, au marché et aux pratiques habituelles sur ce marché. Afin de disposer d'un marché véritablement intégré, l'Union doit régler juridiquement les relations commerciales entre les acteurs économiques. Cela ne garantirait pas uniquement un cadre juridique fiable aux entrepreneurs et aux sociétés mais favoriserait également la protection des échanges transfrontaliers et des investissements des PME. Les PME constituent toujours la partie majeure de la structure économique européenne. La dynamique et la qualité des échanges commerciaux au sein de l'Union augmenteraient.¹⁵ Ainsi, la consolidation et la codification du droit européen des affaires permettraient de créer également une union économique, aux côtés de l'union monétaire déjà existante, et de renforcer l'U.E. en tant que puissance économique. Le droit servirait ainsi de moteur pour le développement du projet européen.¹⁶

IV. Un code européen du droit des affaires – contre quoi ?

Les mesures d'harmonisation effectuées jusqu'à présent par les institutions européennes ont avant tout visé la protection des consommateurs et la réglementation des banques. A l'avenir, c'est l'économie réelle, la vraie source de la création de valeurs, qui devrait se trouver au centre de l'intérêt. Un niveau élevé en termes de protection des consommateurs peut également être le fruit d'une économie qui connaît une grande concurrence parmi les entreprises. Des banques stables peuvent également être le fruit de structures économiques saines.

C'est la raison pour laquelle la législation de l'UE devrait s'adresser plus à l'élément de base de l'économie, à savoir l'entreprise.¹⁷ Certes, il y a des domaines du droit des affaires fortement harmonisés tels que la comptabilité. Cependant, d'autres ne le sont pas du tout. Parmi les domaines non-harmonisés figurent, entre autres, les procurations ou le pouvoir de représentation des employés de commerce. Quant aux conflits des lois, règle cohérente fait défaut qui détermine le droit applicable. Il n'y a pas de cadre clair, voire harmonisé, pour l'activité des entreprises au sein du marché unique. Les échanges commerciaux en souffrent. Le droit européen actuel est considéré comme trop complexe, trop axé sur les détails et trop difficile à accéder, notamment par les petites et moyennes entreprises. Certains observateurs considèrent ce droit comme le produit d'une technocratie bruxelloise qui s'occupe uniquement des grandes entreprises et des élites.¹⁸ Les experts travaillant pour des sociétés de conseil et dont la réputation dépend de leurs connaissances d'un

¹⁴ Cf. le rapport d'un congrès par Ungerer, ZEuP 2017, 1007 (1008).

¹⁵ Bayzelon/Bernard, Für ein Europäisches Wirtschaftsrecht, Policy Paper Fondation Robert Schuman, Europäische Fragen n. 418, 23 janvier 2017.

¹⁶ Cf. Lehmann, ZEuP 2017, 217.

¹⁷ Lehmann, GPR 2017, 262.

¹⁸ Lehmann, GPR 2017, 262 (264)

domaine spécifique du droit de l'Union n'auront aucun intérêt à changer la situation actuelle. Ignorer les plaintes des entreprises concernant le droit de l'U.E. et vouloir continuer sur la lancée actuelle en procédant uniquement à des changements marginaux, cela serait renforcer l'euroscpticisme et l'image négative d'une Union non-démocratique dominée par des aristocrates modernes.

L'acquis du droit des affaires de l'Union comporte un grand nombre de défauts.

1. Défauts formels

Au niveau formel, ce constat est dû, d'une part, à la fragmentation des compétences entre l'U.E. et les Etats membres et, d'autre part, au fait que les actes juridiques principaux sont difficilement accessible et peu compréhensible. Le mosaïque de règles qui ne sont appliquées que dans des domaines spécifiques demandent une connaissance profonde du droit européen. Peu d'entrepreneurs sans service juridique au sein de leur entreprise disposent de telles connaissances.¹⁹ Néanmoins, ce ne sont pas uniquement les citoyens ordinaires qui peinent à comprendre les textes juridiques et les décisions judiciaires. Disposer d'un sommaire des sources de droit de l'U.E. faciliterait également le travail des administrations et des autorités judiciaires – les juges professionnels et bénévoles, les procureurs – des Etats membres car il n'est pas une évidence pour les acteurs juridiques dans les Etats membres de disposer de connaissances profondes dans tous les domaines spécifiques du droit de l'Union. Souvent, ils sont plutôt obligés de s'approprier des connaissances requises selon les cas individuels. La création d'un sommaire mieux organisé et systématisé des normes existantes correspondrait ainsi également à l'idée de « l'effet utile » du droit de l'Union.

2. Défauts substantiels

Plus de 60 ans après la signature des Traités de Rome, l'acquis du droit de l'Union reste hétérogène et incomplet également concernant son contenu. En grande partie, le droit des affaires relève de la compétence des Etats membres ce qui explique des différences non-négligeables. Les instruments européens tels que la SE ou le titre exécutoire européen constituent plutôt des exceptions à la règle. L'acquis européen est limité dans les domaines où la compétence est *partagée*. Dans les domaines qui relèvent de la compétence *exclusive* de l'Union, comme le droit de la concurrence, l'acquis est remarquable.²⁰ Ainsi, l'Union dispose de la compétence exclusive concernant les lois anti-trust²¹ alors que le droit fiscal relève de la compétence quasi exclusive des Etats membres²². Les principes de la *subsidiarité* et de la *proportionnalité* constituent également des obstacles au droit des affaires européen.²³ Selon la répartition des compétences établie par les traités européens²⁴, les domaines

¹⁹ Bayzelon/Bernard, Für ein Europäisches Wirtschaftsgesetzbuch, Policy Paper Fondation Robert Schuman, Europäische Fragen n. 418, 23 janvier 2017; J. Schmidt, GmbHR 24 / 2016.

²⁰ Dupichot, ZEuP 2017, 245.

²¹ Vgl. Artikel 3(b), 101 und 102 AEUV.

²² La compétence de l'Union concernant le droit fiscal est limitée aux régulations nécessaires au bon fonctionnement du marché unique et à la lutte contre la fraude fiscale. Toutes les décisions liées au droit fiscal doivent être prises à l'unanimité par le Conseil (articles 110-113 TFUE).

²³ Philippe Dupichot, Vom Brexit zum Europäischen Wirtschaftsgesetzbuch, à consulter sous : <http://www.codeeuropeendesaffaires.eu/2016/11/10/vom-brex-it-zum-europaischen-wirtschaftsgesetzbuch/>.

spécifiques du droit des sociétés sont, en guise d'exemple, divisés en plusieurs catégories de compétences. Selon le principe de subsidiarité, si aucun acte juridique européen n'a été adopté, ce sont les réglementations nationales qui sont appliquées. Souvent des règles varient d'un Etat à l'autre et contrecarrent l'harmonisation. Ainsi, chaque Etat membre dispose de sa propre législation en termes de fusion d'entreprises. Cela pose problème à deux PME issues d'Etats membres différents qui souhaitent fusionner afin de renforcer leur compétitivité.²⁵

Le manque d'harmonisation ou d'uniformisation s'avère particulièrement douloureux dans les champs juridiques suivants²⁶ :

- Concernant la liberté d'établissement des sociétés au sein de l'U.E.
- Une forme juridique spécifique de l'U.E. pour les PME fait défaut : les propositions faites concernant une société privée européenne (*Societas Privata Europaea* – SPE) et d'une société unipersonnelle harmonisée (*Societas Unius Personae* – SUP) n'ont pas été retenues.
- Concernant le droit substantiel des faillites : pour que le marché unique puisse fonctionner parfaitement, il faut des règles pour les faillites transfrontalières des entreprises. Des procédures de liquidation et de redressement claires n'ont pas seulement une fonction de sélection essentielle à la concurrence sur le marché et ne sont pas uniquement un signal fort à l'égard des entreprises. De telles procédures permettent également aux entreprises concernées d'être en mesure, malgré leur capacité d'agir temporellement limitée, de procéder à des opérations économiques et à leurs partenaires d'avoir plus de certitudes.²⁷ Il faut un régime de responsabilité de l'Union pour les faillites ainsi que des règles pour une gestion de crise restrictive de concurrence par les entreprises et des limites des aides des Etats.²⁸ Des réglementations concernant l'administration et la répartition du patrimoine du débiteur ainsi que des règles de procédure pour la liquidation ou la restructuration sont également nécessaires.²⁹
- Une réglementation efficace des relations entre les commerçants et les sociétés fait défaut.³⁰ La priorité accordée aux finances, aux banques, aux assureurs et aux consommateurs par la législation européenne ne tient pas suffisamment compte de la réalité vécue par de nombreuses entreprises européennes.³¹ La régulation institutionnelle du marché – comme la coopération entre la Commission et les autorités nationales de concurrence ou l'abolition et l'interdiction de droits de douanes ou de taxes au sein de l'U.E. – est importante. L'entreprise, en tant que véritable acteur de la société civile, l'est également.³²

²⁴ Cf. Le catalogue de compétences dans l'article 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

²⁵ Tel que Bayzelon/Bernard, Für ein Europäisches Wirtschaftsgesetzbuch, Policy Paper Fondation Robert Schuman, Europäische Fragen n. 418, 23 janvier 2017.

²⁶ Cf. Lehmann/Schmidt/Schulze, ZRP 2017, 225 m. w. N.

²⁷ Guski, GPR 2017, 274 (276).

²⁸ Guski, GPR 2017, 274 (276).

²⁹ Guski, GPR 2017, 274 (277).

³⁰ Bayzelon/Bernard, Für ein Europäisches Wirtschaftsgesetzbuch, Policy Paper Fondation Robert Schuman, Europäische Fragen n. 418, 23 janvier 2017.

³¹ Tel que J. Schmidt, GmbHR 24 / 2016.

³² Vgl. Bayzelon/Bernard, Für ein Europäisches Wirtschaftsgesetzbuch, Policy Paper Fondation Robert Schuman, Europäische Fragen n. 418, 23 janvier 2017; Lehmann, ZEuP 2017, 217.

3. Contre l'euroscpticisme

Si le droit européen des affaires souffre d'un manque d'accessibilité et de compréhensibilité, cela alimente la théorie europhobe d'un système juridique octroyé aux Etats membres. De plus, cela renforce l'impression largement répandue selon laquelle le droit européen négligeait les intérêts des petites et moyennes entreprises et profitait au monde de la finance et non aux entrepreneurs.³³ Malgré l'importance des dispositions dans le droit de surveillance, du contrôle des instituts de crédit, des assurances et des établissements de placement, de la transparence des marchés financiers et de la lutte contre la fraude fiscale, l'Union européenne devrait, à l'avenir, se pencher de la même manière sur la réalité des commerçants indépendants et des entreprises qui, finalement, endossent le risque économique.³⁴ Dans la pratique, il est difficile de créer un espace économique efficace sans règles communes ou similaires applicables aux acteurs économiques engagés. Une harmonisation – et plus tard une uniformisation – du droit des affaires constituerait la suite logique de l'ouverture des marchés entre les Etats membres.³⁵ Elle servirait de preuve que le processus de l'intégration européenne n'est pas arrêté et que l'Union européenne prend au sérieux les soucis des citoyens.³⁶

Un code européen du droit des affaires serait alors un moyen de lutter contre le populisme, l'euroscpticisme et les démarches nationales isolées. Dans le droit des affaires général, une harmonisation du registre commercial, du droit des contrats d'assurance ou des règles concernant la garantie des crédits serait très utile. Des conditions pareilles renforceraient la transparence et la concurrence sur le marché par rapport à l'état actuel. Le droit des affaires devrait créer un cadre transparent et unique pour tous les acteurs du marché intérieur afin d'assurer l'égalité entre les concurrents et l'accès égal au financement. Si ce n'est pas le cas, cela a, en général, des conséquences qui sont plus importantes que les avantages que les législateurs nationaux souhaitent obtenir grâce à des innovations législatives. Même si cette revendication est devenue impopulaire, elle reste juste : dans un marché unique basé sur des transactions transfrontalières, l'uniformité juridique est plus efficace que la pluralité juridique.³⁷

V. Codification d'un code européen du droit des affaires – de nombreuses possibilités

Les codifications peuvent servir des objectifs multiples. Tout d'abord, elles peuvent faciliter l'accès au droit³⁸ ; cela se fait notamment en rassemblant des textes juridiques appartenant à un domaine spécifique. Jusqu'à présent, un sommaire officiel du droit de l'U.E. fait défaut. Il n'est pas évident de savoir si une directive ou un règlement a été modifié ou abrogé. Les utilisateurs sont obligés de rédiger la version actuelle de nombreuses directives et de nombreux règlements si la Commission ne publie pas une version consolidée. Il est nécessaire de connaître son numéro afin de pouvoir trouver un texte facilement sur www.eur-lex.eu. Ainsi, le droit de l'U.E. actuel est plutôt un droit destiné aux experts. Il est très difficile pour les citoyens et les entreprises de connaître leurs droits et obligations

³³ Dupichot, ZEuP 2017, 245.

³⁴ Cf. Philippe Dupichot, Vom Brexit zum Europäischen WirtschaftsGesetzbuch, à consulter sous: <http://www.codeeuropeendesaffaires.eu/2016/11/10/vom-brexite-zum-europaischen-wirtschaftsgesetzbuch/>.

³⁵ Cf. Bayzelon/Bernard, Für ein Europäisches WirtschaftsGesetzbuch, Policy Paper Fondation Robert Schuman, Europäische Fragen n. 418, 23 janvier 2017.

³⁶ Bayzelon/Bernard, Für ein Europäisches WirtschaftsGesetzbuch, Policy Paper Fondation Robert Schuman, Europäische Fragen n. 418, 23 janvier 2017.

³⁷ Comme le dit, à raison, Lehmann, ZEuP 2017, 217.

³⁸ Sur ce sujet, cf. Lehmann/Schmidt/Schulze, ZRP 2017, 225.

sans avoir recours aux prestations coûteuses des experts. Quand il s'agit d'une directive adressée aux Etats membres que ceux-ci doivent transposer dans leur droit national de manière adéquate, cela ne pose pas de problème. Cependant, l'U.E. a de plus en plus tendance à adopter des règlements applicables directement dans les autorités et les tribunaux des Etats membres. Le règlement européen relatif aux passagers aériens, par exemple, contient des règles ayant un impacte direct sur les citoyens de l'U.E. et est situé en dehors de toute législation nationale. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de structurer les textes juridiques de l'U.E. Le Journal officiel de l'U.E. regroupe les textes juridiques uniquement dans un ordre chronologique selon l'année de leur publication. Il ne s'agit pas d'une classification basée sur leur fond. Les « Synthèses de la législation de l'U.E. » publiés sur Internet sont structurées uniquement dans des champs thématiques vastes et ne sont pas exhaustives. Même aux Etats-Unis - où l'idée de la codification, très importante sur le continent européen, n'est pas très populaire – l'ensemble des lois de l'Etat fédéral doivent être intégrées au *United States Code*. Il s'agit là d'un regroupement, basé sur le fond des textes, qui fait l'objet d'une mise à jour permanente. Cet outil permet aux citoyens de trouver directement les lois fédérales les concernant dans un domaine spécifique. La création d'un « EU Code » similaire se limitant à l'établissement d'une structure parmi les textes constituerait un grand pas en avant et demanderait peu d'efforts.³⁹ Il serait, par exemple, possible de créer une base de données numérique dans laquelle les textes seraient structurés selon leur fond et mis en relation avec les actes de transposition nationales.⁴⁰ L'établissement d'une telle structure avec des catégories spécifiques renforce la transparence et facilite l'application du droit.

Une codification peut également aider à identifier et à combler des lacunes dans le système juridique. Un code européen du droit des affaires ne doit pas forcément couvrir tous les domaines. Le droit national peut continuer à régler de nombreux aspects. Dans les domaines où des règles uniformes sont nécessaires pour que le marché unique puisse fonctionner, de telles règles devraient être adoptées au niveau européen. Si un tel code exige la compétence exclusive dans un domaine, il permet également d'abandonner les lois qui ne sont (plus) contraignantes ; cela augmente la clarté juridique.⁴¹

Un langage simple et clair des lois constitue un objectif supplémentaire. Une codification devrait être précise, cohérente et compréhensible. Il est possible d'atteindre cet objectif même si les auteurs et le public cible ont des langues maternelles différentes : l'exemple du droit suisse démontre qu'il est possible de rédiger des textes juridiques simples et clairs dans plusieurs langues officielles sans impact sur le contenu ou la précision.⁴² Il suffit, par exemple, d'exprimer une seule idée par phrase („Hauptsachen gehören in Hauptsätze!“, ~ mettre les idées principales dans les propositions principales⁴³), de renoncer à un préambule, aux considérations et aux définitions préalables longues et de se limiter à quatre alinéas par paragraphe.⁴⁴

³⁹ Tel que Lehmann/Schmidt/Schulze, ZRP 2017, 225.

⁴⁰ Dans son article dans la ZEuP, Lehmann renvoie à l'exemple du EC Consumer Law Compendium créé par Hans Schulte-Nölke, cf. http://passthrough.fw-notify.net/download/731256/http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analys_en.pdf (consulté le 3 août 2018).

⁴¹ Cf. Lehmann/Schmidt/Schulze, ZRP 2017, 225.

⁴² Lehmann/Schmidt/Schulze, ZRP 2017, 225.

⁴³ Tel que Wolf Schneider, in: Deutsch fürs Leben: Was die Schule zu lehren vergaß.

⁴⁴ Les objectifs et la méthode du groupe de travail multinational de l'Association Henri Capitant tel qu'ils ont été présentés lors d'un colloque le 20 novembre 2018 au Parlement européen à Bruxelles.

Finalement, une codification peut systématiser le droit : elle permet d'établir des principes fondamentaux qui règnent dans un domaine juridique. Ces principes fondamentaux assurent que des cas similaires soient traités selon des jugements de valeurs uniformes. Un code européen du droit des affaires pourrait également identifier systématiquement des principes de base, comme par exemple des objectifs de la réglementation, au sein de l'ensemble des normes existantes, tels que la transparence ou la prévention d'asymétries d'informations. Si les réglementations étaient plus denses et plus concises, les nombreuses exceptions pourraient être évitées qui donnent souvent l'impression d'être arbitraires ou d'être influencées par des intérêts politiques.⁴⁵

VI. Un code européen du droit des affaires *bottom up* – une nouvelle approche pour la législation

Les citoyens de l'Union devraient considérer et accepter le code européen du droit des affaires comme un outil créé pour eux.⁴⁶ Les efforts d'harmonisation juridique devraient alors être basés sur les besoins concrets des personnes concernées – comme par exemple les recours judiciaires lors des retards de paiement dans le contexte transfrontalier – et non sur les habitudes et les idées fermes des juristes nationaux et des administrations. Il faut une coopération transversale d'experts des différents domaines spécifiques – entrepreneurs, consommateurs, fonctionnaires de l'U.E., avocats, professeurs etc. – issus du plus grand nombre d'Etats membres possible qui pourront intégrer leurs perspectives et leurs expériences issues de leur système juridique national dans le projet commun. Certes, un tel pluralisme d'expertise et de pays ne facilite pas la codification. Néanmoins, les efforts visant à connaître différentes perspectives et à s'accorder sur des termes communs, des structures transfrontalières et des modes de représentation cohérents font partie des défis et des opportunités d'une telle démarche. Cela peut donner lieu à des résultats importants pour la législation de l'avenir même si les résultats de cette coopération peuvent être imprévus.⁴⁷

Lors de son fameux discours à la Sorbonne du 26 septembre 2017, le Président de la République française, Emmanuel Macron, a déclaré dans ce sens :

« [...] Les pères fondateurs ont **construit l'Europe à l'abri des peuples**, parce qu'ils étaient une avant-garde éclairée, parce qu'on pouvait peut-être le faire, et ils ont avancé prouvant ensuite que cela fonctionnait. Ils jouissaient peut-être d'une confiance dont les gouvernants n'ont plus l'exclusive, c'est ainsi. Ils vivaient dans d'autres temps où les moyens de communication n'étaient pas les mêmes.

Cette page s'est fracassée sur le doute démocratique européen, celui que les « non » aux referendums français et néerlandais nous ont fait vivre. Et je pense que **nous n'avons pas eu raison de faire avancer l'Europe malgré les peuples**. Il y a eu un moment où on a pensé qu'on devait, en quelque sorte, bousculer nos démocraties en faisant avancer l'Europe malgré tout. C'était une erreur. [...] Nous devons refonder le projet européen, **par et avec le peuple**, avec une exigence démocratique beaucoup plus forte qu'une simple question binaire. C'est pourquoi, si nous voulons avancer à nouveau, je souhaite que nous passions par des **conventions démocratiques** qui feront partie intégrante de la refondation européenne. [...] **Remettre les choses dans le bon ordre**, au lieu de demander, en fin de course, perclus de fantasmes et d'incompréhension, si c'est oui ou si c'est non, sur un **texte illisible**, écrit **dans le secret**, organisons un débat ouvert, libre, transparent, européen

⁴⁵ Lehmann/Schmidt/Schulze, ZRP 2017, 225.

⁴⁶ Ähnlich der Gedanke bei Bayzelon/Bernard, Für ein Europäisches Wirtschaftssetzungsbuch, Policy Paper Fondation Robert Schuman, Europäische Fragen n. 418, 23. Januar 2017.

⁴⁷ Lehmann/Schmidt/Schulze, ZRP 2017, 225 (227).

pour construire ce projet qui donner enfin un contenu et un enjeu à nos élections européennes de 2019. [...] Tous ceux qui ont peur de cela se sont trop habitués à l'idée qu'on construit les projets intelligents dans la complexité et l'opacité : ce n'est pas vrai. [...] Ce débat exigeant est celui qui permettra aussi de retrouver le fil et l'exigence de nombre de nos politiques communes ! N'ayons pas peur de celui-ci. Mais surtout, n'ayons pas peur d'avoir, pour **les élections de 2019**, un débat européen ! [...]Alimentons les élections européennes d'un projet et voyons qui est pour et qui est contre ! Et ayons un débat démocratique sur celui-ci. [...] ⁴⁸

La rédaction d'un code européen du droit des affaires serait un tel projet par, avec et pour les citoyens de l'Union. Emmanuel Macron a poursuivi dans son discours :

[...] Le deuxième pilier, c'est le marché unique qui reste la meilleure garantie de notre puissance, de notre prospérité, de notre attractivité. [...] Nous avons besoin à 28, d'une Europe plus simple, plus transparente, moins bureaucratique ! Si la vigueur du droit fait la force de l'Europe, la profusion des normes en précipite le rejet. **Avec des chefs d'entreprise, des ONG, des panels de citoyens**, passons en revue progressivement les règles européennes pour vérifier qu'elles sont adaptées, **comprise, utiles**. Simple, efficace, protecteur, le marché unique doit redevenir cet espace de convergence plus que de concurrence. Et il en est de même pour son miroir extérieur qu'est la politique commerciale. [...]

L'Europe est déjà à plusieurs vitesses alors, n'ayons pas peur de le dire et de le vouloir ! [...] Sur tous nos grands défis, nous devons avancer en accélérant le rythme et en élevant nos ambitions. Aucun État ne doit être exclu de cette dynamique, mais aucun pays ne doit pouvoir bloquer ceux qui veulent avancer plus vite ou plus loin. [...] l'idée que celui qui veut le moins peut bloquer les autres est une hérésie. Acceptons ces différences multiples et, comme à chaque moment clé de son histoire, l'Europe avancera d'abord par la détermination de quelques-uns. Cette ambition n'est jamais une source d'exclusion, elle est le ferment de l'unité et de la souveraineté européennes. [...]

Aussi je propose en premier lieu à l'Allemagne un partenariat nouveau. Nous ne serons pas d'accord sur tout, ou pas tout de suite, mais nous discuterons de tout. À ceux qui disent que la tâche est impossible, je réponds : vous vous êtes habitués à la résignation, pas moi. À ceux qui disent que c'est trop dur, je dis : pensez à Robert SCHUMAN, cinq ans après une guerre dont le sang séchait à peine. Sur tous les sujets que j'ai évoqués, nous pouvons donner une impulsion franco-allemande décisive et concrète. [...] Pourquoi ne pas se donner **d'ici à 2024 l'objectif d'intégrer totalement nos marchés en appliquant les mêmes règles à nos entreprises, du droit des affaires au droit des faillites ?**

Cet esprit pionnier et concret, c'est celui du Traité de l'Élysée. Alors, travaillons et consignons ces engagements communs dans un nouveau traité de coopération que nous pourrons signer ensemble pour le 55e anniversaire du traité fondateur le 22 janvier 2018. **Refaisons un Traité de l'Élysée** le 22 janvier prochain. [...] Ces propositions d'actions que je viens de formuler, ces initiatives que je propose [...] n'ont qu'une ambition, **rendre l'Europe à elle-même et la rendre aux citoyens européens**. [...] ⁴⁹

Cette idée de créer des règles communes pour les entreprises d'ici à 2024 a été retenue d'abord dans la résolution commune du Bundestag et de l'Assemblée nationale du 22 janvier 2018 dans le chapitre « Espace économique franco-allemand et marché intérieur européen ». ⁵⁰

⁴⁸ <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2017/09/26/initiative-pour-l-europe-discours-d-emmanuel-macron-pour-une-europe-souveraine-unie-democratique> (éléments mis en gras par l'auteure).

⁴⁹ <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2017/09/26/initiative-pour-l-europe-discours-d-emmanuel-macron-pour-une-europe-souveraine-unie-democratique> (éléments mis en gras par l'auteure).

⁵⁰ en allemand: BT-Drucksache 19/440, S. 5; en français: http://www2.assemblee-nationale.fr/15/evenements/2018/55eme-anniversaire-du-traite-de-l-elysee-22-janvier-2018#node_46773.

Dans l'accord de coalition du 7 février 2018, le CDU, le CSU et le SPD ont convenu d'introduire des règles communes pour les entreprises allemandes et françaises afin de promouvoir les échanges commerciaux transfrontaliers et la croissance économique avec la France. Ainsi, selon l'accord, l'Allemagne « conviendra avec la France des étapes concrètes vers la réalisation d'un espace économique franco-allemand avec des règles harmonisées, notamment dans le domaine du droit des sociétés et du droit des faillites et vers l'harmonisation de la base d'imposition pour les entreprises ».⁵¹

En signant le nouveau Traité de l'Élysée le 22 janvier 2019⁵², la République fédérale d'Allemagne et la République française se sont engagées en faveur d'une intégration renforcée de leurs économies dans l'article 20 :

Article 20

(1) Les deux États approfondissent l'intégration de leurs économies afin d'instituer une zone économique franco-allemande dotée de règles communes. Le Conseil économique et financier franco-allemand favorise l'harmonisation bilatérale de leurs législations, notamment dans le domaine du droit des affaires, et coordonne de façon régulière les politiques économiques entre la République française et la République fédérale d'Allemagne afin de favoriser la convergence entre les deux États et d'améliorer la compétitivité de leurs économies.

(2) Les deux États instituent un « Conseil franco-allemand d'experts économiques » composé de dix experts indépendants afin de présenter aux deux gouvernements des recommandations sur leur action économique.

La rédaction d'un code européen du droit des affaires, initiée par l'Allemagne et la France, devient ainsi tangible.

1. *Bottom-up* et non *top down*

Une codification du droit des affaires européen effectué dès le début par, avec et pour les citoyens de l'Union (cf. ci-dessus) devrait aller de pair avec une modification des procédures appliquées par la Commission qui, jusqu'à présent, rédige des actes juridiques dans de petites unités en-dessous du niveau des directions générales. Il faudrait alors de grands et non de petits pas - un grand pas au lieu de l'optimisation lente des détails.

Le *Nationaler Normenkontrollrat* (~ conseil national allemand de contrôle réglementaire) du gouvernement fédéral a repris récemment l'idée du « le contenu d'abord, les paragraphes après » et s'investit en faveur d'un changement profond de la culture législative qu'il souhaite réaliser grâce à une nouvelle procédure législative. La procédure appliquée jusqu'à présent prévoit, suite à une idée ou une recommandation réglementaire, la rédaction d'un premier projet de loi par le service spécialisé compétent, suivie d'une consultation au sein du ministère concerné et parmi tous les

⁵¹ Chapitre VI („Erfolgreiche Wirtschaft für den Wohlstand von morgen“), page 55, lignes 2480-2485 du l'accord de coalition du 7 février 2018 par le CDU, le CSU et le SPD.

⁵² Dû à la mise en place du nouveau gouvernement fédéral ayant pris plus de temps que prévu en 2017 et 2018, le projet prévu par Emmanuel Macron pour 2019 a été reporté en 2019.

autres ministères avant que ce projet de loi convenu par tous les ministères ne soit débattu avec les länder, les fédérations ou avec d'autres acteurs politiques pertinents⁵³. L'idée pour l'avenir consiste à inverser cet ordre. Le Royaume-Uni procède déjà de cette manière : d'abord, des acteurs issus du monde politique, de la société civile ou de l'administration s'adressent au ministère compétent ou à un parlement concernant un projet réglementaire. Ensuite, il est conseillé de procéder à une consultation et à un débat sur ce projet, sur sa transposition ou sur des alternatives. La consultation et le débat devraient regrouper toutes les parties prenantes (destinataires de la règle, ministères, décideurs politiques) ainsi que des experts. C'est seulement suite à ces démarches que la rédaction d'un document exposant les points clés (« principes outlined ») ou d'un projet de loi contenant les éléments débattus et consentis (« Translation into detailed legislation ») est conseillée⁵⁴. Finalement, le texte est convenu avec les ministères, les régions et les fédérations. Cette approche prend directement en compte les travaux d'un groupe de travail ayant œuvré en amont. Il s'agit d'une approche très professionnelle car ce n'est pas le texte de la loi mais l'objet du projet de loi qui se trouve au centre de l'intérêt au début des travaux. De plus, il est assuré que tous les acteurs disposent, lors de leur prise de parole, des informations pertinentes concernant la proposition et des alternatives envisageables. Enfin, la durée de la procédure est réduite, notamment quand une législative doit être adoptée dans des délais très courts.

Dans une procédure législative transparente et prenant en compte dès le début les besoins des petites et moyennes entreprises (du bas vers le haut et non le contraire), il est possible d'examiner soigneusement si un code européen tourné aux besoins des acteurs concernés devrait, outre les domaines de la régulation déjà harmonisés, contenir des règles liées à l'organisation des entreprises, la publicité en termes de droit commercial, le registre commercial, les contrats commerciaux classiques - tels que la vente commerciale ou le contrat de transport - et les garanties des crédits. Ce débat controversé ne sera pas facile mais bien nécessaire et associerait les acteurs économiques principaux pour que ceux-ci se sentent pris en compte et respectés voire « impliqués » par le législateur européen.

Quant au style juridique, le législateur européen ne devrait pas uniquement s'entretenir avec les États membres auxquels il adresse des ordres d'exécution et des directives de procédure.⁵⁵ Il devrait plutôt s'adresser directement à ceux qui seront soumis à la législation sans passer par leurs États membres respectifs car ce sont justement les frontières de ces États membres qui sont censées être surmontées. Il convient également de supprimer la barrière de la langue qui est susceptible d'avoir une influence sur la conscience des citoyens et d'éviter que ceux-ci s'identifient à l'Union.

Évidemment, il est nécessaire de se mettre d'accord sur le niveau de détail d'un code européen du droit des affaires. Ce niveau dépend notamment de la question de savoir s'il devrait s'agir d'une directive ou d'un règlement directement applicable.⁵⁶

Dans une période de l'euro-scepticisme où certains déplorent une « réglementation octroyée », le processus de la codification devrait être initié non seulement par les fonctionnaires de l'U.E. et les juristes (les universitaires et les praticiens) mais également par des acteurs économiques

⁵³ Cf. sous. : http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_21072009_O11313012.htm et sous <https://www.deutsche-digitale-bibliothek.de/item/C6CN5HTXFNQRUEDBTVEB7URYL7I4HG>.

⁵⁴ Cf. le processus législatif « circulaire au Royaume Uni : <https://www.parliament.uk/education/about-your-parliament/how-laws-are-made/>.

⁵⁵ Sur ce sujet Lehmann, GPR 2017, 262 (266).

⁵⁶ En détail : Lehmann, GPR 2017, 262 (268).

expérimentés et intéressés ainsi que par des initiatives citoyennes souhaitant assurer une participation renforcée lors de la rédaction du code.

Dès le Moyen Âge, le droit des affaires en Europe occidentale appliqué dans le commerce transfrontalier a été élaboré par des commerçants et des juristes en tant que « juges d'affaires ».⁵⁷ Aujourd'hui encore, la régulation de l'économie par les systèmes juridiques des Etats membres est considérée comme un élément important pour la société et n'est pas seulement assurée par les juristes. Ainsi, dans nombreux Etats membres, les litiges liés au droit des affaires sont portés devant des chambres ou tribunaux spécifiques⁵⁸ composés non seulement de juges professionnels mais également – voire uniquement – de juges commerciaux bénévoles et spécialisés dans le secteur économique en question.⁵⁹

2. Pas de précédent d'un code civil européen

Dans une perspective historique, on s'aperçoit du rôle pionnier du droit commercial pour la création de marchés nationaux. L'exemple du *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (~ code général de commerce allemand), créé dans les années 1860 à l'initiative de la Confédération germanique, c'est-à-dire bien avant la création de l'Empire allemand et ainsi du BGB (~ code civil allemand), démontre qu'une codification a donné lieu à une uniformisation du droit commercial, indépendamment de l'existence d'un Etat national.⁶⁰ En France, l'ordonnance sur le commerce de terre et l'ordonnance sur le commerce de mer ont été adoptées dès le 17^e siècle, c'est-à-dire bien avant le Code civil. Ces exemples démontrent que l'uniformisation du droit commercial et du droit des affaires ne dépend pas d'une codification préalable du droit civil pour la création de marchés communs. En même temps, une uniformisation du droit des affaires ne doit pas forcément être suivie d'une uniformisation du droit civil. Ainsi, le droit des affaires est uniformisé depuis 1885 en Espagne alors qu'en droit civil, les droits régionaux spécifiques – dits les fors – gardent une grande importance.⁶¹

Un code européen du droit des affaires permettrait alors de garder la pluralité juridique en matière de droit civil au niveau des États membres et en même temps de correspondre, de manière adéquate, à la nécessité économique d'harmonisation juridique au sein du marché unique.⁶² Il s'agit là d'un grand écart difficile mais que l'on peut réussir.

La France, l'Allemagne, l'Italie et la Belgique sont des pays qui ont une tradition germanique et romaine. Leurs systèmes juridiques sont basés en grande partie sur des codes (le droit étant codifié).

⁵⁷ Sur ce sujet: Bayzelon/Bernard, Für ein Europäisches Wirtschaftsgesetzbuch, Policy Paper Fondation Robert Schuman, Europäische Fragen n. 418, 23 janvier 2017, et les références.

⁵⁸ Cf. par exemple en Allemagne les « Kammern für Handelssachen » auprès des « Landgerichte » selon §§ 93 ff. GVG ou les « Wirtschaftsstrafkammern » selon § 74c GVG.

⁵⁹ Tel que Bayzelon/Bernard, Für ein Europäisches Wirtschaftsgesetzbuch, Policy Paper Fondation Robert Schuman, Europäische Fragen n. 418, 23 janvier 2017.

⁶⁰ La codification du droit civil ayant souvent été (et l'est toujours) considérée comme symbole de l'unité nationale et ainsi ayant été accordée à l'Etat national.

⁶¹ Lehmann, ZEuP 2017, 217; Lehmann/Schmidt/Schulze, ZRP 2017, 225 (229).

⁶² Tel que Lehmann, GPR 2017, 262 (263).

Cette tradition de l'Europe continentale pourrait être poursuivie et renforcée à l'échelle européenne par l'uniformisation du droit des affaires.⁶³

3. Reconnaître les modèles – car il y en a !

Il est encourageant de voir les progrès réalisés sur d'autres territoires. Les Etats-Unis, pays à tradition anglo-saxonne avec un droit non écrit, ont procédé à une codification uniforme des régulations de leur droit des affaires à travers le *Uniform Commercial Code*. Publié pour la première fois en 1952, ce code est un outil important dans le travail de tous les jours de chaque commerçant et associés aux Etats-Unis. L'ensemble des Etats en Amérique du Nord ont adopté et appliqué ce code.⁶⁴ Le *Uniform Commercial Code* a permis d'uniformiser une grande partie du droit des affaires aux Etats-Unis.

Plus tard, à partir de 1991, l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), composée de tous les pays africains francophones, a élaboré un code qui regroupe les règles et la jurisprudence liées au droit des affaires des Etats concernés dans un seul document – le « *Code pratique de OHADA* ». Depuis 1995, l'année où la plupart des pays ont rejoint l'OHADA, ce code facilite les échanges commerciaux entre les Etats et les investissements transfrontaliers en assurant la sécurité juridique aux entreprises. Ce code a été initié par une initiative citoyenne, a accéléré le développement économique et a créé un marché intégré parmi les pays membres. Ainsi, un droit des affaires uniforme a été créé pour 17 pays d'Afrique occidentale et d'Afrique centrale avec une population supérieure à 225 millions de personnes.⁶⁵

Les deux procédures de codification ont suivi l'approche « du bas vers le haut » et ont été initiées suite à un besoin exprimé par la société civile. Ensuite, les Etats se sont saisis de l'affaire. Cette approche permet d'obtenir des résultats positifs car les personnes qui seront soumises à la législation sont associées à l'élaboration de celle-ci et peuvent développer ainsi un sentiment d'appartenance à l'objet de la législation. Il est plus facile de se plier à des règles qui ont été élaborées en coopération dans le cadre d'une procédure participative qu'à des règles qui ont été octroyées par quelqu'un d'autre. L'Europe devrait y parvenir également. Le droit des sociétés ne fait pas partie de « l'ADN des systèmes juridiques nationaux ». Ce domaine est moins sensible que le droit civil qui est considéré souvent comme un symbole de l'identité nationale par les Etats membres.⁶⁶ Un code européen du droit des affaires rédigé selon la manière décrite ci-dessus serait une réponse forte aux critiques qui déplorent régulièrement une distance trop importante entre l'U.E. et ses citoyens. Un processus de codification commun démontrerait que l'Europe est construite sur la base d'un cadre juridique commun. Même s'il s'annonce difficile, ce projet peut devenir une réussite et a le potentiel de rassembler les Européens qui auront l'occasion de participer à la

⁶³ Bayzelon/Bernard, Für ein Europäisches Wirtschaftsgesetzbuch, Policy Paper Fondation Robert Schuman, Europäische Fragen n. 418, 23 janvier 2017. C'est pourquoi la Fondation pour le Droit Continental se prononce en faveur d'un code européen du droit des affaires, cf. sous : <https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2017/04/Pr%C3%A9sentation-en-allemand-du-Projet-de-code-europ%C3%A9en-des-affaires.pdf> (consulté le 1^{er} mars 2019).

⁶⁴ Uniform Commercial Code, Legal Information Institute, <https://www.law.cornell.edu/ucc>; sur ce sujet Bayzelon/Bernard, Für ein Europäisches Wirtschaftsgesetzbuch, Policy Paper Fondation Robert Schuman, Europäische Fragen n. 418, 23 janvier 2017.

⁶⁵ Lehmann, GPR 2017, 262 (262 f.); Bayzelon/Bernard, Für ein Europäisches Wirtschaftsgesetzbuch, Policy Paper Fondation Robert Schuman, Europäische Fragen n. 418, 23 janvier 2017.

⁶⁶ Lehmann, ZEuP 2017, 217.

rédaction de règles qui seront directement appliquées à eux-mêmes. En mettant le droit au service des citoyens, l'Europe pourrait se revitaliser grâce à ces citoyens.

4. Comment s'y prendre ?

Les chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres devraient créer un comité chargé du droit des affaires européen. La composition de ce comité devrait être hétérogène et devrait inclure des représentants d'entreprises, d'initiatives citoyennes et de fédérations pour la protection des consommateurs. Un tel comité représentatif pourrait guider le processus de codification et adresser des recommandations aux institutions européennes concernant la législation. Les experts rassemblés au sein de ce comité devraient examiner le droit de l'Union existant, détecter des similitudes parmi les législations nationales et identifier des réglementations peu efficaces. Les représentants des entreprises pourraient souligner les éléments favorisant ou empêchant de bons échanges commerciaux au sein de l'Europe. Grâce à une telle approche, ce code serait rédigé de manière lisible et accessible pour tous les acteurs économiques.⁶⁷ Le code européen du droit des affaires devrait contenir toutes les règles européennes, appartenant aux domaines différents, qui structurent la vie économique au quotidien. De plus, le code devrait être accessible sous forme numérique pour qu'il puisse être saisi à tout moment. Cela faciliterait les échanges commerciaux au sein de la communauté et assurerait un véritable lien entre le droit des affaires et tous ceux qu'il concerne. Toutes les entreprises européennes auraient l'opportunité égale de participer à la vie économique européenne et de faire avancer l'intégration européenne grâce à leurs activités.⁶⁸

VII. Code européen du droit des affaires: le statu quo du projet

Sous l'égide de l'*Association Henri Capitant* et de sa section allemande et avec le soutien de la *Fondation pour le Droit Continental*, des *Barreaux National* et des *Barreaux de Paris*, un groupe de chercheurs multinational et européen travaille actuellement sur la rédaction d'un code européen du droit des affaires.

L'élaboration d'un inventaire de l'acquis a constitué la première étape. L'initiative a été lancée en octobre 2016 : quatorze universitaires et praticiens ont publié l'étude « La construction européenne en droit des affaires : acquis et perspectives ».⁶⁹ Par domaine spécifique, un expert spécialisé allemand ainsi qu'un expert spécialisé français se sont penchés sur le droit européen des affaires.⁷⁰ L'étude propose un inventaire des acquis de l'Union européenne dans 12 domaines du droit des affaires. Les objectifs sont, tout d'abord, de donner un inventaire de l'acquis communautaire dans le droit des affaires, de présenter des pistes de réflexion et enfin de créer un code européen du droit des affaires intégré. Les auteurs ont décidé de baser leur travail sur une définition large du droit des affaires. Au-delà du droit des sociétés, il comporte tous les domaines juridiques importants pour les

⁶⁷ Tel que l'idée exprimée en 2017 par Bayzelon/Bernard, Für ein Europäisches Wirtschaftsgesetzbuch, Policy Paper Fondation Robert Schuman, Europäische Fragen n. 418, 23 janvier 2017, S. 5.

⁶⁸ Cf. Bayzelon/Bernard, Für ein Europäisches Wirtschaftsgesetzbuch, Policy Paper Fondation Robert Schuman, Europäische Fragen n. 418, 23 janvier 2017, p. 5.

⁶⁹ Association Henri Capitant (dir.), Der europäische Aufbau im Wirtschaftsrecht: Besitzstand und Perspektiven, 2016.

⁷⁰ Lehmann/Schmidt/Schulze, ZRP 2017, 225 (228).

entreprises : le droit bancaire, le droit des marchés financiers, le droit du commerce électronique, le droit du marché, le droit des sûretés, le droit des entreprises en difficulté, le droit des assurances, le droit de la propriété intellectuelle, le droit social et le droit fiscal.⁷¹ Cette étude a l'ambition d'initier une dynamique pour la consolidation de la zone euro et pour la coopération plus étroite entre les pays fondateurs de l'U.E.⁷²

Entretemps, des experts spécialisés dans des domaines spécifiques et issus d'autres pays européens ont rejoint le groupe de chercheurs, notamment des juristes belges, allemands, français, italiens, polonais et espagnols.⁷³ Le programme de travail prévoit désormais d'identifier et de structurer le droit primaire, la législation et la jurisprudence de l'U.E. qui constituent l'acquis de l'Union européenne dans les domaines spécifiques, de telle manière à obtenir la cohérence et l'accessibilité les plus grandes possibles des règles existantes. Si besoin, les termes et les règles utilisés dans plusieurs actes juridiques doivent être formulés de manière cohérente, la terminologie doit être uniformisée et les doublons ainsi que les incohérences d'interprétation doivent être supprimés. En outre, il faut examiner dans quels domaines juridiques des réglementations supplémentaires sont nécessaires - dû aux insuffisances de l'acquis actuel, au caractère prévu du code en tant que droit directement applicable ou à de nouveaux défis qui pourraient se présenter – pour élaborer des propositions adaptées.⁷⁴ Ces réflexions seront menées notamment sous l'angle des relations juridiques au niveau B2B (entreprise – entreprise).⁷⁵ L'esquisse du code européen du droit des affaires est rédigée selon la tradition de codification, très importante en Europe continentale, et a comme objectif de regrouper dans un seul texte et de structurer le droit des affaires actuel de l'U.E. Les redondances et les doublons sont à éviter. Les exceptions à des règles générales sont à limiter dans la mesure du possible. Une terminologie cohérente doit permettre d'éviter des contradictions et des confusions. Une systématisation basée sur la définition de principes cohérents et de valeurs fondamentales – comme par exemple la compensation d'asymétries d'informations ou la lutte contre la distorsion de concurrence – est en train d'être examinée. Dès le départ, le texte doit être rédigé dans deux langues – français et allemand – afin d'éviter que le texte soit orienté vers un langage juridique national.⁷⁶

Une version préliminaire du texte intégral est prévue pour l'année 2020. Cette proposition concrète doit être présentée à un large public – économique, académique et politique – afin de mener un débat sur la faisabilité et le contenu potentiel d'un code européen du droit des affaires.⁷⁷ L'objectif final n'est pas uniquement d'harmoniser les règles nationales mais de disposer d'un véritable code européen du droit des affaires contenant des règles uniformes directement applicables dans l'ensemble de l'U.E.⁷⁸

⁷¹ Association Henri Capitant (dir.), *Der europäische Aufbau im Wirtschaftsrecht: Besitzstand und Perspektiven*, 2016. Veuillez consulter également l'opinion de J. Schmidt, *GmbHHR* 24 / 2016.

⁷² Sur ce sujet Bayzelon/Bernard, *Für ein Europäisches WirtschaftsGesetzbuch*, Policy Paper Fondation Robert Schuman, *Europäische Fragen* n. 418, 23 janvier 2017; Philippe Dupichot, *Vom Brexit zum Europäischen WirtschaftsGesetzbuch*, à consulter sous : <http://www.codeeuropeendesaffaires.eu/2016/11/10/vom-brexit-zum-europaischen-wirtschaftsgesetzbuch/>.

⁷³ Pour plus de détails sur la méthode des 12 groupes de travail compétents d'un domaine spécifique différent : Lehmann/Schmidt/Schulze, *ZRP* 2017, 225 (228).

⁷⁴ Lehmann/Schmidt/Schulze, *ZRP* 2017, 225 (228).

⁷⁵ Dupichot, *ZEuP* 2017, 245.

⁷⁶ Lehmann/Schmidt/Schulze, *ZRP* 2017, 225 (228).

⁷⁷ Cf. Lehmann/Schmidt/Schulze, *ZRP* 2017, 225 (229).

⁷⁸ J. Schmidt, *GmbHHR* 24 / 2016.

En mars 2017, la Commission européenne a intégré un tel code comme une option dans son Livre blanc sur l’Avenir de l’Europe.⁷⁹

Dans son grand discours sur l’Europe du 26 septembre 2017, Emmanuel Macron s’est prononcé en faveur d’une uniformisation du droit des affaires, d’abord entre la France et l’Allemagne, et a souhaité créer des règles uniformes pour les entreprises d’ici 2024.⁸⁰

Comme décrit ci-dessus, l’accord de coalition du gouvernement fédéral prévoit des règles harmonisées pour les entreprises allemandes et françaises afin de renforcer les échanges commerciaux transfrontaliers et la croissance économique avec la France.⁸¹

Dans le cadre de plusieurs manifestations, le projet a déjà été présenté aux institutions européennes, aux associations d’entreprises et à un public spécialisé à Berlin, Paris et Bruxelles.⁸²

VIII. Un code européen du droit des affaires – sous quelle forme juridique ?

La forme juridique concrète d’un code européen du droit des affaires dépend du nombre d’États participant à une telle initiative :

Il pourrait être adopté comme un règlement applicable à l’ensemble des 28 (ou 27) Etats membres.

Si cette option allait échouer, un règlement dans le cadre d’une coopération renforcée selon l’article 20 TUE en conjonction avec les articles 326-334 TFUE serait envisageable. Dans ce cas, la participation de 9 Etats membres serait nécessaire selon l’article 20 paragraphe 2 phrase 1 TUE. Selon l’article 328 TFUE, tout Etat membre aurait la possibilité – soumise à des conditions, le cas échéant – de participer à la coopération renforcée.

Des traités bilatéraux entre deux Etats – entre la France et l’Allemagne, par exemple – seraient également possibles. D’autres Etats membres pourraient s’y joindre.

A l’heure actuelle, l’adoption d’un *règlement de tous les Etats membres* paraît uniquement réaliste pour la codification *formelle* de l’acquis, à savoir une structuration et un regroupement du droit des affaires de l’Union déjà existant.

En revanche, dû à l’opposition de nombreux Etats membres très attachés à leurs systèmes juridiques nationaux, une harmonisation accrue du droit *substantiel* voire une uniformisation de réglementations supplémentaires paraissent moins probables en ce moment. Toutefois, la France et l’Allemagne pourraient suivre cette voie avec l’objectif d’une *coopération renforcée* – ou un *traité bilatéral entre les deux Etats*, au moins – et inviter, le cas échéant, d’autres Etats à les joindre. Cette approche correspondrait à l’idée exprimée par Emmanuel Macron d’une Europe à différentes vitesses.

⁷⁹ WEISSBUCH ZUR ZUKUNFT EUROPAS, Die EU der 27 im Jahr 2025 – Überlegungen und Szenarien, 1.3.2017, COM(2017) 2025 final, page 11 et suivantes.

⁸⁰ Cf. le point VI.

⁸¹ Cf. le point VI.

⁸² Au lieu de consulter de nombreuses sources, veuillez vous renseigner sur la genèse sous <http://www.codeeuropeendesaffaires.eu/>

IX. Résumé et perspectives – quoi faire maintenant ?

En signant l'article 20 du Traité d'Aix-la-Chapelle du 22 janvier 2019, la France et l'Allemagne souhaitent faire un pas de plus vers une coopération plus étroite à l'avenir et renforcer l'engagement franco-allemand en faveur de l'Europe également dans le droit des affaires. C'est une première étape d'une initiative franco-allemande pour un code du droit des affaires pour toute l'Union européenne. Une Europe unie et forte nécessite un moteur franco-allemand puissant. Désormais aux gouvernements de la République fédérale d'Allemagne et de la République française de prendre l'initiative, en coopération avec les acteurs économiques, pour une codification du droit des affaires au niveau de l'U.E., dans l'intérêt de tous les Etats membres et en les associant à cette démarche, et de montrer la voie. Si tous les partenaires européens ne souhaitaient pas de la même manière une harmonisation renforcée ou une uniformisation du droit des affaires, ce projet devrait être poursuivi dans le cadre d'une coopération renforcée. Si le projet sera repris par les institutions européennes et s'il avancera considérablement jusque là – grâce à la création d'un comité pour le droit des affaires européen – il s'agirait d'un projet formidable pour la présidence allemande du Conseil européen, prévue entre juillet et décembre 2020.

Les entreprises européennes – notamment les PME – bénéficieraient considérablement d'un règlement uniforme en Europe : elles ne seraient plus confrontées à 27 ou 28 systèmes juridiques nationaux mais devraient uniquement agir en conformité avec un seul droit européen. Un code européen du droit des affaires permettrait aux citoyens et aux entreprises en Europe de reconnaître de nouveau les grands avantages que représente l'Europe pour chacun et de découvrir le potentiel énorme que l'Europe offre pour l'avenir.⁸³ Les régions frontalières européennes pourraient devenir plus attractives pour les investisseurs extérieurs. Ainsi, ces régions pourraient jouer un rôle de moteur encore plus important qu'aujourd'hui. Si leur situation géographique à la périphérie des Etats membres a représenté un inconvénient par le passé, elle pourrait devenir un atout aux yeux des investisseurs nationaux et internationaux.

En tant que juristes, nous devrions nous remettre en question et nous poser la question de savoir si nous souhaitons vraiment privilégier notre attachement aux règles nationales et le confort subjectif qui va avec au détriment d'une gestion véritablement européenne de toutes les questions liées au droit des affaires et au droit des sociétés. L'Europe est là pour tous et elle ne devrait pas être freinée dans son développement sans raison apparente.⁸⁴

⁸³ J. Schmidt, GmbHR 24 / 2016

⁸⁴ Cf. le rapport d'un congrès par Ungerer dans : ZEuP 2017, 1007