



**Législation de l'UE 2.0 : la perspective d'un  
Code Européen des Affaires**

*Un article de Matthias Lehmann*



# Introduction

Depuis les débuts de l'Euro, les économistes mettent en garde contre une union monétaire dépourvue de toute intégration économique attenante[i] ; ces critiques se font de plus en plus pressantes ces dernières années. Les économistes considèrent l'Euro tantôt comme une « tragédie »[ii], tantôt comme une « menace »[iii] pour l'Union européenne (UE). Selon eux, l'introduction de la monnaie unique aurait fait perdre aux gouvernements – dont les industries sont moins compétitives – leur capacité à dévaluer leur monnaie. Ils ne peuvent donc pas rivaliser avec ceux dont les économies sont plus performantes, entraînant ainsi d'importants déséquilibres commerciaux ainsi que des comptes courants négatifs[iv]. Une étude réalisée par la Banque Centrale Européenne (BCE) montre en effet que certains États membres ont vu leur compétitivité diminuer en raison d'une augmentation du coût unitaire de leur main-d'œuvre sans que la productivité n'évolue en conséquence[v]. Alors que de tels déséquilibres sont normalement suivis de processus d'ajustement sains, tels qu'une poussée d'investissements dans les pays les moins compétitifs, cela ne semble pas être le cas au sein de la zone euro. Un article publié par le Fonds Monétaire International (FMI) indique que les investissements des États tiers ont été principalement dirigés vers les pays excédentaires et, de là, vers les pays déficitaires, ce qui a d'autant plus fait pencher la balance commerciale du côté des premiers[vi].

En guise de remède, de nombreux observateurs suggèrent une gouvernance économique plus collective ainsi qu'une intégration fiscale plus étroite au sein de la zone euro[vii]. Cependant, imposer des contraintes politiques et budgétaires aux parlements et gouvernements nationaux porte atteinte au principe de la souveraineté des États membres. Il est donc important d'éviter de trop insister sur un contrôle budgétaire plus strict pour une construction européenne efficace ; l'intégration fiscale ne constitue qu'une des conditions indispensables à la survie d'une union monétaire. En effet, la mobilité transfrontalière des facteurs de production n'est pas moins importante[viii]. Les processus d'ajustement nécessaires dans une zone monétaire ne peuvent avoir lieu que si le travail, le capital et les autres facteurs de production peuvent circuler librement là où ils sont le plus nécessaires. Il convient d'admettre que cette mobilité de facteurs n'a pas été pleinement réalisée dans l'UE. Cela est évident en ce qui concerne la main-d'œuvre, qui n'est pas aussi mobile qu'aux États-Unis[ix], par exemple. Les restrictions quant à la mobilité des travailleurs relèvent de plusieurs facteurs mais celui relatif à la création et à l'exploitation d'entreprises retient notre attention. L'étude de la BCE relève des différences dans les réglementations des marchés de produits ainsi que dans « l'environnement des entreprises », par exemple en ce qui concerne les procédures d'exécution des contrats[x]. Si certaines de ces différences peuvent avoir leurs racines dans une culture administrative spécifique et une certaine tradition bureaucratique, elles découlent aussi, du moins en partie, des divergences entre les législations nationales.



# Introduction

Les divergences juridiques constituent donc un facteur en partie responsable de la divergence de compétitivité entre les États membres[xi]. Elles ne constituent certainement pas l'unique cause de ces déséquilibres macroéconomiques au sein de la zone euro. Il est toutefois important de se focaliser sur elles en ce qu'elles peuvent être modifiées à un coût relativement faible via l'adoption d'une législation uniforme au niveau de l'UE, en particulier dans un contexte de crise économique.



# I - Les avantages de la codification du droit des affaires

Le principal argument en faveur d'un droit des affaires uniforme est qu'il est indispensable à l'intégration des marchés. Le fait que l'UE ne dispose pas d'un régime unique pour les acteurs et les transactions commerciales la distingue remarquablement des autres régions du monde. La plupart des pays ou régions dotés d'un marché commun ont produit des normes juridiques harmonisées. Un exemple en est le *Uniform Commercial Code* (UCC) qui a été rédigé aux États-Unis et adopté par la *Uniform Law Commission* (ULC) et l'*American Law Institute* (ALI)[xii]. Bien que les États-Unis ne soient pas particulièrement connus pour la codification juridique, ils ont trouvé utile de créer un texte modèle pour l'unification du droit commercial. Sur les 50 États, 49 l'ont transposé dans leur droit, la Louisiane ayant copié tous ses articles sauf un[xiii]. Ceci est d'autant plus frappant que le gouvernement fédéral n'a pas imposé cette transposition. L'UCC est donc un cas remarquable d'harmonisation juridique spontanée.

D'autres régions du monde ont suivi une voie similaire. En Afrique de l'Ouest, 17 États ont créé un droit commercial sous les auspices de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)[xiv]. L'OHADA a produit des règles juridiques uniformes s'appliquant à toutes les matières, du droit des ventes au droit de l'insolvabilité. Elles sont interprétées par la Cour commune de justice et d'arbitrage siégeant à Abidjan, en Côte d'Ivoire. Le modèle ouest-africain a inspiré aux pays des Caraïbes la création d'une organisation similaire appelée Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires dans les Caraïbes (OHADAC)[xv], qui est également chargée de l'unification du droit commercial. En Amérique latine également, les États membres du MERCOSUR se sont engagés à harmoniser leur droit dans le but de renforcer le processus d'intégration[xvi].

La comparaison avec l'état actuel du droit dans d'autres régions du monde permet également de comparer les évolutions des différents systèmes juridiques dans le temps. Une analyse historique montre que l'harmonisation du droit des affaires a été un moteur majeur de l'intégration. Bien avant l'introduction du Code civil en France, deux décrets adoptés sous le règne du roi Louis XIV ont rassemblé les règles régissant le commerce terrestre et maritime[xvii]. En Allemagne, l'*Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* de 1861 a unifié les conditions du commerce transfrontalier entre les États allemands avant la refondation de l'Empire en 1871 et l'introduction du Code civil (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB) en 1900.

Ces comparaisons rappellent la force d'intégration qu'offre le droit commercial. Ce dernier n'est pas non plus nécessairement le précurseur de l'unification du droit civil, comme le démontre l'expérience espagnole : Le *Código de comercio* s'applique dans tout le pays, tandis



# I - Les avantages de la codification du droit des affaires

Ces comparaisons rappellent la force d'intégration qu'offre le droit commercial. Ce dernier n'est pas non plus nécessairement le précurseur de l'unification du droit civil, comme le démontre l'expérience espagnole : Le *Código de comercio* s'applique dans tout le pays, tandis que certaines régions (les *Comunidades Autonomas*) conservent des règles de droit civil appropriées. Ce n'est certainement pas une coïncidence si les États ont unifié leurs règles en matière d'échanges et de commerce même lorsque la coutume, la tradition et l'identité régionale les empêchaient de remplacer le droit civil régional[xviii]. L'uniformité du droit des affaires est indispensable pour créer un marché commun. Le nier reviendrait à considérer que les expériences passées et présentes ne peuvent s'appliquer à l'UE. Compte tenu des difficultés actuelles liées à l'Euro, il peut être dangereux de l'ignorer.

Outre l'harmonisation du droit, une codification présente de nombreux autres avantages. L'un d'entre eux est qu'elle facilite l'accès au droit. Aujourd'hui, les règles de droit de l'Union se trouvent éparpillées sur un grand nombre de différents textes sans structures ni cohérence qui ne sont connus que par quelques experts d'une matière. Il est indispensable de réduire le temps nécessaire pour trouver une règle de droit européen. L'accessibilité au droit est nécessaire au moment de penser un Marché unique efficace. Une codification pourrait s'avérer fortement utile dans ce contexte. [xix] De plus, un code clarifie le droit, exclut les contradictions et rend la législation intelligible, systématisé les principes fondamentaux du droit et renforce l'image de la communauté en affichant des règles clairement applicables sur un territoire donné.[xx] Il pourrait aider à rendre le droit européen, qui est aujourd'hui très technique et complexe, plus intelligible[xxi].

Le fait que la Commission européenne n'ait jamais réussi à codifier ledit acquis communautaire peut s'expliquer par sa conception particulière de la 'codification'. En effet, l'accord interinstitutionnel de 1994 définit la codification comme « la procédure qui vise à abroger les actes faisant l'objet de la codification et à les remplacer par un acte unique qui ne comporte aucune modification de la substance desdits actes. »[xxii]. Ceci est révélateur d'une idée très restreinte et limitée des avantages de la codification. Dans la pratique, le législateur européen s'est borné à compiler plusieurs directives européennes relatives au droit des affaires dans une seule directive, qualifier d'« horizontale ». Ces compilations ne sont qu'un agrégat de « copié-collé », et continuent souvent d'utiliser des termes contradictoires. Un bon exemple est la Directive horizontale en matière du droit des sociétés, qui présentent plusieurs définitions contradictoires d'un seul terme capital qu'est « la société ».[xxiii] Or, on l'a vu, en ces périodes de crise économique, l'impact de l'ordre juridique commercial de l'Union ne peut se faire sans clarté et visibilité.



## II - Les obstacles à la codification du droit des affaires

A *priori*, la codification du droit des affaires européen pourrait paraître techniquement irréalisable, légalement impossible, politiquement inatteignable et n'aurait finalement que peu d'impact. La réglementation diffuse du droit des affaires en Europe représente des milliers de pages, la compiler selon l'exemple des directives, expliqué précédemment, ne donnerait lieu qu'à une compilation fragmentée et incohérente. Cela s'explique par le fait que l'UE, en matière de commerce, n'agit qu'en tant que régulateur, c'est-à-dire que sa législation n'intervient que pour parer aux dysfonctionnements éventuels du marché. Or, une codification requiert un ensemble de règles uniformes et systématisées qui *permettent* la conclusion des transactions. De tels règles font en ce moment défaut à l'échelle européenne.

Un autre obstacle apparent à la codification d'un droit des affaires est la diversité des cultures, des langues et des situations socio-économiques entre les États-membres. Les représentants du triangle institutionnel semblent convaincus de l'indispensable accord de tous les ordres juridiques nationaux pour chaque détail afin de garantir la transposition des directives. Cependant, si l'on se rapporte aux pratiques législatives de la Suisse, organisées en fonction de la diversité culturelle et linguistique, l'appréhension est totalement envisagée à l'inverse de l'UE. Au lieu d'élaborer des textes verbeux et longs, la Fédération adopte des principes généraux très courts et clairs.[xxiv] Il convient donc de mettre fin à cette idée que l'applicabilité du droit harmonisé ne peut se faire que si le texte de référence contient de nombreux détails et prendre en considération les études démontrant que les changements toujours plus rapides et nombreux, accompagnés d'informations toujours plus complexes et nombreuses emportent un désintérêt croissant de la part des individus. [xxv] Difficile dans ces conditions d'avancer l'effet utile du droit européen des affaires tel qu'il existe aujourd'hui. Il convient maintenant d'envisager un Code européen des affaires contenant une réglementation, pour tous les secteurs d'activité, contenant le strict nécessaire.

# III - Contenu, structure et style du Code européen des affaires

Un problème est celui du champ d'application matériel du code. Doit-il se contenter de reformuler ou de révolutionner le droit de l'Union européenne ? Dans une certaine mesure, reformulation et révolution sont tous les deux nécessaires. Étant donné les efforts très fructueux de l'UE en matière de l'harmonisation du droit, le point de départ devrait être l'acquis existant. Toutefois, ses règles doivent être reformulées de manière à les rendre plus accessibles et intelligibles.

De plus, la législation existante doit être complétée là où l'harmonisation est insuffisante ou inexistante : par exemple, en ce qui concerne le droit des sûretés ou le droit de l'insolvabilité. Dans ces domaines, des règles innovantes s'avèrent essentielles pour compléter le cadre juridique du Marché unique.

Parler de « Code européen des affaires » implique une définition large et difficile des domaines du droit concernés. Pour y parvenir, l'Association Henri Capitant propose un panorama thématique de la législation européenne dans le domaine du droit des affaires<sup>[xxvi]</sup>, divisé en douze chapitres : droit du marché (couvrant principalement les questions de concurrence), commerce électronique, droit des sociétés, sûretés, exécution des créances, droit des entreprises en difficulté, banques, assurances, marchés financiers, propriété intellectuelle, droit social et droit fiscal. Il s'agit des domaines dans lesquels l'UE a été la plus active dans les dernières années. Les règles qu'elle a adoptées sont principalement de nature réglementaire et donc harmonisées.

Un sujet épineux est de savoir si le Code européen des affaires doit aller plus loin et inclure des matières qui sont traditionnellement considérées comme faisant partie du droit commercial. On pourrait penser, par exemple, au registre du commerce, à la protection du nom du commerçant, au droit des ventes commerciales et autres contrats, ou au droit du mandat<sup>[xxvii]</sup>. Le code deviendrait alors « hybride » et comprendrait à la fois des normes réglementaires et du droit commercial que l'on peut qualifier de classique.

Plusieurs arguments militent en faveur de l'inclusion du droit commercial traditionnel. Tout d'abord, le droit commercial permet aux opérateurs de conclure des transactions, raison pour laquelle ses règles sont qualifiées de « habilitantes » dans la théorie économique institutionnelle<sup>[xxviii]</sup>. En outre, les citoyens et les entrepreneurs s'attendent à de telles règles au moment de consulter un « Code européen des affaires ». Une évolution du droit commercial pourrait avoir l'avantage supplémentaire de forcer l'UE à abandonner son approche fragmentaire et à adopter une vision plus large des problèmes similaires à ceux rencontrés par les législateurs nationaux. Enfin, c'est dans le droit commercial classique que les règles de l'UE pourraient faire avancer l'intégration européenne. Par exemple, un registre européen de tous les commerçants et entreprises opérant dans l'UE pourrait grandement améliorer la transparence au sein du marché intérieur.

# III - Contenu, structure et style du Code européen des affaires

Cependant, l'harmonisation du droit privé n'aurait pas de sens dans tous les domaines du droit commercial. Par exemple, en droit des sociétés, la concurrence réglementaire peut avoir des effets bénéfiques, qui sont renforcés par les formes de sociétés européennes facultatives telles que ladite *Societas Europaea* (SE). Bien que le droit des sociétés doive sans aucun doute être inclus dans le code, il ne doit pas exclure le droit national en la matière. Il suffira plutôt de reprendre les domaines déjà harmonisés et d'ajouter une ou deux nouvelles formes de sociétés européennes facultatives, plus accessibles que celle existante.

En outre, la faisabilité d'une harmonisation complète du droit des contrats est douteuse et l'expérience dans le domaine du droit de la consommation n'a pas été concluante<sup>[xxix]</sup>. L'inclusion du droit général des contrats risquerait de provoquer des chevauchements et des interférences considérables avec le droit national, c'est d'ailleurs ce qui a été invoqué lors du rejet du droit européen commun des ventes par les États membres. Une harmonisation complète pourrait également ne pas être souhaitable d'un point de vue économique<sup>[xxx]</sup>. Pour ces raisons, il semble judicieux de trouver un juste milieu et de se concentrer sur les contrats dits « B2B » régis par des règles spéciales, comme les contrats de distribution, de transport et certains contrats financiers. La démarcation aux contrats de droit civil est évidemment très mince et reste à définir dans chaque domaine.

La terminologie du Code européen des affaires doit, sans aucun doute, être différente du jargon juridique de Bruxelles. Au lieu d'être technocratique et détaillée, elle doit être claire et générale. Pour atteindre cet objectif, il est nécessaire d'exposer les principes qui sous-tendent chaque domaine ; certaines idées générales, caractéristiques du droit de l'UE, peuvent être traduites en principes juridiques fondamentaux. On pense en particulier à l'égalité des conditions de concurrence, la réduction des asymétries d'information, la protection des biens publics et l'internalisation des externalités.

La Directive sur les Exigences de Fonds Propres (CRD IV) et le Règlement sur les Exigences de Fonds Propres (CRR) illustrent la manière dont cela peut être réalisé<sup>[xxxi]</sup>. Ces deux textes sont connus pour leur complexité, mais ils reposent sur l'idée relativement simple que les établissements de crédit doivent être dotés de fonds propres et de liquidités suffisantes. Ce principe n'est nulle part clairement énoncé ; il ne peut être lu qu'entre les lignes de différents renvois formulés dans un langage très technique<sup>[xxxii]</sup>. Comme d'habitude dans le droit de l'UE, la majorité des dispositions est réservée à la question de la compétence des autorités et aux relations entre elles. Les lecteurs experts se sont tellement habitués à ce mode de législation qu'ils n'en ont pratiquement plus conscience.

# III - Contenu, structure et style du Code européen des affaires

De leur côté, les citoyens et les entrepreneurs sont facilement confondus avec ce « charabia bruxellois » ; il alimente leur perception d'une bureaucratie élitiste, déconnectée des besoins des gens ordinaires. C'est regrettable, étant donné que la CRD IV et la CRR servent l'objectif important de garantir un secteur bancaire stable, ce qui est dans l'intérêt de tous. Les entrepreneurs ne consulteront pas ces textes tous les jours. Il est néanmoins important de leur donner accès en cas de besoin et de leur permettre de se faire une idée claire de ce dont il s'agit. Cette lacune pourrait être comblée relativement facilement en intégrant différents textes en un seul, en mettant les premières choses en premier lieu, et en s'inspirant du style transparent, clair et intelligible des codifications de droit civil et commercial. L'une des dispositions introductives du chapitre sur les banques du Code européen des affaires pourrait par exemple se lire comme suit : « Une banque doit disposer de capitaux et de liquidités suffisants pour mener ses activités et protéger les dépôts qui lui ont été confiés ».

D'autres principes pourraient être dérivés de la même manière, par exemple l'interdiction d'abuser d'une position dominante ou de se livrer à des pratiques commerciales déloyales, le droit à un accès non discriminatoire au marché, l'interdiction des opérations d'initiés et autres formes d'abus de marché, l'obligation de fournir des informations précontractuelles suffisantes ou de présenter une image fidèle de la situation financière de l'entreprise en droit de comptabilité. Il ne faut pas sous-estimer l'importance d'une telle approche que l'on pourrait qualifier de « basique ». Sa mise en place serait non seulement très utile pour rendre le droit européen accessible aux profanes et leur donner l'impression que l'UE est un législateur utile. Elle pourrait également servir de guide aux tribunaux, aux autorités et aux experts pour interpréter les dispositions existantes et orienter leur application vers des cas inconnus. Cela permettrait de réduire les possibilités d'inégalité de traitement et d'améliorer l'efficacité pratique du droit de l'Union dans les différents États membres. En outre, une telle approche fondée sur des principes généraux rendrait superflues les nombreuses répétitions qui caractérisent les règles juridiques de l'UE[xxxiii].

Certes, les principes ne suffisent pas, à eux seuls, à réguler le marché. Leur signification doit être clarifiée et adaptable à chaque situation afin d'assurer la certitude et la prévisibilité du droit[xxxiv]. Cependant des règles très précises peuvent entraîner l'incertitude dans des cas qui ne sont pas directement adressés. Un code destiné à être utilisé par les faiseurs d'affaires ne peut pas rester dans une ambiance que l'on pourrait caractériser par une certaine abstraction – il doit être directement applicable. Pour ces raisons, il est conseillé de combiner les principes avec les règles[xxxv]. Ainsi, il convient de choisir des règles précises lorsqu'elles doivent être appliquées par une autorité administrative, tandis que le niveau de généralité peut être plus élevé lorsqu'un juge intervient. En tout état de cause, dans l'intérêt de l'accessibilité du droit et aussi de l'égalité devant le droit, le niveau d'abstraction devrait être plus grand que celui de la régulation contemporaine de l'Union.

# IV - Le fondement du Code européen des affaires dans le droit primaire

Après avoir imaginé ce que ce Code pourrait contenir, il est nécessaire de soulever la question de sa mise en œuvre et de tout ce qu'elle impliquerait. La première question qui se pose concerne la forme juridique sous laquelle un tel code peut être adopté. Trois possibilités se dessinent : un règlement, une loi-type ou une coopération renforcée. Le choix entre ces trois possibilités va de pair avec la tâche, plus ardue, de la définition du champ d'application de l'acte, étant donné que chaque type d'acte dispose d'une application géographique différente.

La forme la plus inclusive de législation européenne est le règlement. Si cette forme est choisie, le code serait contraignant pour tous les États membres. L'avantage d'un règlement par rapport à une directive est qu'il permet de surmonter les différences entre les lois nationales, garantissant ainsi au marché de conserver tous les avantages d'un régime uniforme. L'inconvénient d'un règlement est qu'il nécessite l'accord d'une majorité des États membres. On ne peut pas exclure que certains pays vont rejeter, pour des motifs politiques, un projet aussi ambitieux que le Code européen des affaires. Même s'ils peuvent être mis en minorité dans le processus législatif, la majorité pourrait être réticente à imposer un texte aussi important contre la volonté de la minorité.

Une solution alternative pourrait être d'élaborer une loi-type, suivant ainsi le modèle de l'UCC américaine. Un tel texte ne serait pas contraignant pour les États membres, mais laisserait à leur discrétion la possibilité de le suivre en tout ou en partie. Pour autant, cela ne signifie pas nécessairement que le code ne sera pas contraignant. En effet, l'expérience américaine démontre la puissance des forces centrifuges qu'une loi-type peut déployer. Cependant, étant donné que l'acquis sous sa forme actuelle continuera à s'appliquer à tous les États membres, la loi-type devra être adoptée par l'UE ou ne pourra que reprendre les règles existantes, sans en modifier le contenu, les raccourcir ou les rendre plus cohérentes. Les États membres pourraient néanmoins s'en servir comme modèle pour transposer les directives européennes dans leurs législations nationales de manière uniforme. Ils seraient également libres d'utiliser la loi-type pour les domaines où persistent des lacunes au sein du droit de l'Union.

On peut enfin imaginer une coopération renforcée entre plusieurs États membres. Cette possibilité, introduite dans le droit primaire par le traité d'Amsterdam<sup>[xvi]</sup>, permet d'appréhender ce que signifie l'expression « l'Europe à plusieurs vitesses » - que l'on retrouve fréquemment dans les discours politiques -. La Commission semble favoriser cette solution pour le Code européen des affaires. Dans son Livre blanc sur l'avenir de l'Europe de 2017, elle mentionne le projet sous l'intitulé « ceux qui veulent plus font plus »<sup>[xvii]</sup>. L'idée d'une coopération renforcée est parfaitement appropriée à l'hypothèse qu'un consensus sur le projet ne peut être possible entre tous les États membres. On pourrait, par exemple, imaginer que le code serait adopté par les États membres de la zone euro.

# IV - Le fondement du Code européen des affaires dans le droit primaire

L'avantage de cette solution est qu'elle permet à un certain nombre de pays de renforcer le degré d'harmonisation tout en maintenant l'intégralité de l'acquis de l'Union. En revanche, elle présente un risque : que les règles existantes gardent leur mode de présentation, sans modification de leur contenu et de leur style.

Ainsi pour plus d'effectivité, la forme la plus intéressante d'un tel code reste donc celle d'un règlement applicable uniformément dans toute l'Union. Une compétence permettant l'adoption des mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur est prévue à l'article 114 du TFUE. Cet article pourrait servir de fondement pour une codification du droit européen des affaires.

Les problèmes de subsidiarité et de proportionnalité ne devraient pas se poser étant donné que les règles applicables à l'ensemble du marché sont, d'un point de vue économique, mieux adoptées au niveau de l'Union.

Dans un souci de précision, il convient de rappeler qu'un règlement ne signifie pas que tous les domaines du droit des affaires seront régis par l'UE. Les domaines dans lesquels la concurrence entre les législateurs est plus efficace que le droit harmonisé – comme pour le droit des sociétés par exemple – peuvent continuer à être réglementés au niveau des États membres. Un règlement ne signifie pas non plus que le code serait contraignant dans son intégralité et exclurait l'autonomie des parties. Lorsque ses règles ne sont pas contraignantes, les parties sont libres de choisir un autre système juridique d'un État membre ou d'un État tiers, le cas échéant.

Les perspectives d'approbation politique sont peut-être minces. Pourtant, elles ne peuvent encore être pleinement évaluées à ce stade. Nul ne peut affirmer que les États membres – ou du moins la majorité – refusera la mise en œuvre d'une telle réforme malgré son ampleur et tout ce qu'elle implique. Au contraire, la possibilité de rendre le droit européen plus clair, accessible et efficace pourrait être perçue comme une réelle opportunité.

Il ne faut pourtant pas nier que l'élaboration et la mise à jour d'un Code européen des affaires nécessiteront de profonds changements dans le fonctionnement de l'UE. La Commission est divisée en directions générales (DG) et en de nombreuses sous-unités spécialisées dans certains domaines qui n'ont pas l'habitude d'une collaboration étroite entre elles. Cela a contribué à l'adoption de textes très techniques, parfois contradictoires. Le projet d'un droit des affaires intégré et cohérent exige une révision de la méthode de travail au sein de la Commission.

# IV- Le fondement du Code européen des affaires dans le droit primaire

Il est indispensable, notamment, que les DG collaborent étroitement sur une base intersectorielle. On peut se réjouir du fait que ce processus a déjà commencé sous la présidence de Jean-Claude Juncker mais cela n'est pas suffisant. Il sera également nécessaire d'installer une unité spéciale qui vérifie la qualité, la cohérence et le style du droit de l'Union à chaque étape du processus législatif et non pas seulement au stade initial, comme c'est le cas actuellement[xxxviii].

Le Code européen des affaires serait fondé sur des principes et serait donc moins détaillé et précis que l'acquis actuel. Pour éviter des interprétations divergentes dans les États membres, une réforme du système judiciaire est nécessaire. En effet, la Cour de Justice de l'UE, face à sa charge de travail effective, ne peut raisonnablement pas traiter une vague supplémentaire de recours préjudiciels. En outre, ses juges sont principalement spécialisés en droit constitutionnel ou administratif et ne possèdent que peu d'expertise en ce qui concerne les questions commerciales. Par conséquent, l'UE devrait suivre certaines propositions doctrinales[xxxix] et créer un Tribunal de commerce européen. À l'avenir, il pourrait même s'avérer nécessaire de créer des tribunaux de première instance et des cours d'appel de l'UE, qui seraient parallèles à un système judiciaire national à l'image des tribunaux fédéraux aux États-Unis.

Un article seul ne peut être suffisant pour étudier en détail ces changements fondamentaux. Une chose est cependant certaine: des réformes institutionnelles sont nécessaires pour l'élaboration, la mise à jour et l'application appropriées d'un Code européen des affaires. Cela ne devrait pas être une surprise puisque la nécessité de changements institutionnels au sein de l'UE est très largement reconnue. La nouveauté consiste en ce que ces changements sont liés ici à un projet législatif spécifique. Leur nécessité ne résulte pas du projet en tant que tel, mais plutôt de son approche holistique. Une fois qu'il est admis que les méthodes doivent changer, les améliorations nécessaires au niveau institutionnel deviendront évidentes.



# Conclusion

Introduire un Code européen des affaires constitue indubitablement un pas en avant vers un Marché Unique plus intégré. Les acteurs économiques pourraient y trouver tous les outils et règles nécessaires pour mener à bien leurs opérations transfrontalières. En parallèle, le droit de l'UE deviendrait plus clair, plus concis et plus cohérent. Un 'acquis 2.0' s'avère absolument nécessaire afin d'assurer son accessibilité et son effectivité. Avec cet objectif en ligne de mire, la codification joue un rôle capital. Codifier le droit des affaires de l'UE permettrait de recentrer la construction européenne autour de sa mission première qu'est l'établissement du Marché Intérieur.

En parallèle, le temps est venu de réévaluer les contours du mandat européen. La répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres doit être clarifié. Dans ce contexte, il est primordial que l'UE ait la possibilité réelle de régler toutes les questions intéressantes le Marché Unique. Ceci est fondamental non seulement pour garantir l'efficacité du droit, mais aussi revêt un intérêt en terme de répartition des responsabilités politiques. Les Etats membres ne devraient plus être en mesure de mener des politiques ambiguës : dénoncer le manque d'intégration européenne réelle tout en refusant de lui donner les moyens de son aboutissement. Un Marché Unique qui fonctionne présuppose un régime juridique uniforme et de haute qualité. C'est au triangle institutionnel européen de saisir l'opportunité de démontrer leur volonté de repenser une UE plus proche des citoyens.



# Références

## **Introduction**

[i] Paul KRUGMAN, 'Lessons of Massachusetts for EMU', in F. Torres & F. Giavazzi (eds), *Adjustment and Growth in the European Monetary Union* (Cambridge/New York: Cambridge University Press 1993); V. aussi en ce qui concerne le Sud de l'Europe (London: Palgrave Macmillan 1992).

[ii] Philipp BAGUS, *The Tragedy of the Euro* (Auburn: Ludwig von Mises Institute 2010).

[iii] Joseph STIGLITZ, *The Euro: And Its Threat to the Future of Europe* (London: Allen Lane 2016).

[iv] Ibid, pp 85 et seq.

[v] Banque Centrale européenne (ECB), *Competitiveness and External Imbalances Within the Euro Area*, December 2012, p 14 [www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecbocp139.pdf?804041e4c5c65f012d75584c211873d0](http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecbocp139.pdf?804041e4c5c65f012d75584c211873d0) consulté le 4 April 2019).

[vi] Ruo CHEN, Gian-Maria MILESI-FERRETTI & Thierry TRESSEL, 'External Imbalances in the Euro Area', IMF Working Paper 2012 WP/12/236, pp 19–20.

[vii] Paul DE GRAUWE, *Economics of Monetary Union* (Oxford: Oxford University Press, 7th edn 2007), pp 147 et seq.; Annette BONGARDT & Francisco TORRES, 'EMU as a Sustainable Currency Area', in Nazaré da Costa Cabral, José Renato Gonçalves & Nuno Cunha Rodrigues (eds), *The Euro and the Crisis* (Cham: Springer 2017); V. aussi BCE, 'The Reform of Economic Governance in the Euro Area – Essential Elements', ECB Monthly Bulletin 2011(3), p 99.

[viii] Cf. Robert A MUNDELL, 'A Theory of Optimum Currency Areas' 51. *The American Economic Review* 1961, pp 657, 661.

[ix] Frank H. EASTERBROOK, 'Federalism and European Business Law', 14. *International Review of Law and Economics* 1994, pp. 125-130.

[x] Banque Centrale européenne (ECB), Ibid., p 139.

[xi] Paul DE GRAUWE, *Economics of Monetary Union*, pp 18–19.



# Références

## I- Les avantages de la codification du droit des affaires

[xii] American Law Institute, Uniform Commercial Code, [www.ali.org/publications/show/uniform-commercial-code/](http://www.ali.org/publications/show/uniform-commercial-code/) (consulté le 6 Avril 2019).

[xiii] Robert A. PASCAL, 'Louisiana's Mixed Legal System Droit Compare', 15. Revue Générale de Droit 1984, p (341) at 345.

[xiv] Philippe TIGER, Le droit des affaires en Afrique: OHADA (Paris: Presses Universitaires de France 1999); Paul-Gérard POUGOUÉ & Yvette Rachel KALIEU ELONGO, Introduction Critique à l'OHADA (Yaoundé: Presses Universitaires d'Afrique 2008); Claire Moore DICKERSON, 'OHADA on the Ground: Harmonizing Business Laws in Three Dimensions', Tulane European and Civil Law Forum 2010(25), p 103.

[xv] Sixto SÁNCHEZ LORENZO, 'Estrategias de la OHADAC para la armonización del derecho comercial en el Caribe', 10. Anuario Español de Derecho Internacional Privado 2010, pp 815–828.

[xvi] Art. 1 par. 5 du Traité conclu le 26 mars 1991 à Asunción.

[xvii] Ordonnance sur le commerce de terre (1673) et Ordonnance sur le commerce de mer (1681); Banque Centrale européenne. V. pour les deux : Yves GUYON, Droit des affaires (Paris: Economica, 12th ed. 2003), p 13, vol. 1.

[xviii] Antonio HERNÁNDEZ GIL, in Ministerio de Justicia (ed.), Centenario del Código de Comercio (Madrid: Ministerio de Justicia 1986), p (32) at 36.

[xix] Mary ARDEN, 'Time for an English Commercial Code', 56. Cambridge Law Journal 1997, pp 516, 532-533 ; John Henry MERRYMAN & Rogelio PÉREZ-PERDOMO, 'The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America' (Stanford: Stanford University Press 2007), p 28.

[xx] Gunther A. WEISS 25. Yale Journal of International Law 2000, p 467.

[xxi] See Armin HÖLAND, Common European Sales, pp 75–76.

[xxii] Accord interinstitutionnel du 20 Décembre 1994, Accelerated working method for official codification of legislative texts, OJ 1996 C 102/02, no 1.



# Références

[xxiii] Dir. (EU) 2017/1132 du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, OJ 2017 L 169/46, Annex I and II.

## **II- Les obstacles à la codification du droit des affaires**

[xxiv] Swiss Obligationenrecht (droit des obligations), réunissant droit des contrats, commercial et des sociétés en un seul recueil.

[xxv] Francis HEYLIGHEN, 'Complexity and Information Overload in Society: Why Increasing Efficiency Leads to Decreasing Control', Information Society 2002(1) p 44.

## **III- Contenu, structure et style du Code européen des affaires**

[xxvi] Association Henri CAPITANT, The Integration of European Business Law: Acquis and Outlook (LGDJ 2016).

[xxvii] Le droit commercial est défini différemment selon les ordres juridiques nationaux. Par exemple, le droit français comprend les règles relatives au fonds de commerce ainsi que ses actifs. Le code de commerce allemand comprend des éléments relatifs à la comptabilité, les contrats de transports et les société commerciales.

[xxviii] Hanoch DAGAN, 'Autonomy, Pluralism, and Contract Law Theory The Public Dimension of Contract', Law and Contemporary Problems 2013(76), pp 19, 27-28; Stefan GRUNDMANN, 'The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law', European Review of Private Law 2008 (16), pp 553, 556; Sue FARRAN & David CABRELLI, 'Exploring the Interfaces between Contract Law and Property Law: A UK Comparative Approach', Maastricht Journal of European and Comparative Law 2006 (13), pp 403, 404.

[xxix] Jan SMITS, 'Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights', European Review of Private Law 2010(18), p 5 ; Christian TWIGG-FLESNER, "Good-Bye Harmonization by Directives, Hello Cross-Border Only Regulation?" - A Way Forward for EU Consumer Contract Law', European Review of Contract Law 2011(7), p 235 ; Stephen WEATHERILL, 'The Consumer Rights Directive: How and Why a Quest for "Coherence" Has (Largely) Failed', Common Market Law Review 2012(49), p 1279.

[xxx] Gerhard WAGNER, 'The Economics of Harmonization: The Case of Contract Law', Common Market Law Review 2002(39), pp 995, 999 et seq.



# Références

[xxxii] Dir. 2013/36/EU du 26 Juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement ('CRD IV'), OJ 2013 L 176/338; Règlement (EU) No 575/2013 du 26 Juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement.

[xxxiii] V. par exemple Art. 18(1)(d) CRD IV.

[xxxiiii] Arts 3(3), 6(2), 8(3), 8(4), 10(2), 18(5), 35(1), 36(1), 37(2) subparas 2 et 38(2). MiFIR.

[xxxv] Selon le dicton 'general propositions do not decide concrete cases' by Oliver WENDELL HOLMES in *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76 (1905).

[xxxvi] Dan AWREY, *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law* 2010(5), p 278.

## **IV- Le fondement du Code européen des affaires dans le droit primaire**

[xxxvii] Articles 118 et seq. TFUE.

[xxxviii] [https://ec.europa.eu/commission/sites/betapolitical/files/livre\\_blanc\\_sur\\_lavenir\\_de\\_leurope\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/betapolitical/files/livre_blanc_sur_lavenir_de_leurope_fr.pdf) p. 20-21.

[xxxix] Comité d'examen de la réglementation [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/regulatoryscrutiny-board\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/regulatoryscrutiny-board_en) (consulté le 22 Février 2020).

[xl] Thomas PFEIFFER, 'Ein europäischer Handelsgerichtshof und die Entwicklung des europäischen Privatrechts', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2016, p795; Giesela RÜHL, *Building Competence in Commercial Law in the Member States*, Study for the JURI Committee of the European Parliament (2018), pp 58 et seq.

# L'auteur



Directeur de l'Institut du droit international privé et du droit comparé de l'Université de Bonn, Prof. Dr. Matthias Lehmann est titulaire de la Chaire de droit civil, de droit international privé et de droit des affaires internationales à l'Université de Bonn, en Allemagne. Matthias Lehmann s'intéresse particulièrement aux aspects internationaux et comparatifs du droit bancaire et financier. Il a publié, entre autres, sur le MSU, la résolution transfrontalière des banques, la réforme structurelle des banques et la responsabilité civile des agences de notation de crédit. Matthias Lehmann enseigne et publie en allemand, en anglais, en français et en espagnol. Il a été chercheur invité à la London School of Economics (LSE) et à l'université d'Oxford ; et enseigne régulièrement à la Sorbonne, l'Université de Fribourg et l'Université de Séville.

# Remerciements

EuropaNova  
★ Academia



**Traduit par les membres de l'Association des Amis pour le droit continental, de la publication académique, en anglais, parue à la European Review of Private Law 1-2020 [73-106] © 2020 Kluwer Law International BV, The Netherlands.**

**Adapté par Elise Bernard, Directrice des études et de la formation d'EuropaNova.**

**Merci à l'Association des amis du Droit continental pour la traduction. Nos chaleureux remerciements à Niklas Uder, Cécile Bialot et Corentin Gorin.**