

Un Code de droit des affaires pour l'Europe

Philippe DUPICHOT

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

Président de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française

« Don't say 'I can't' on this work.

The 'I can't's' are unknown in the world's work and unremembered in history »

GUTZON BORGLUM

1. Après le Brexit : plus ou moins d'Europe ? Le séisme du Brexit » a profondément ébranlé l'Union européenne. Comment résoudre cette crise majeure de confiance et surmonter ce coup d'arrêt à l'élargissement continu des décennies passées ? Faut-il se réjouir que des Nations reprennent en main leur destin ou, tout au contraire, s'inquiéter d'une montée des populismes ?

Pour les uns, la solution serait « moins d'Europe » : il importerait que celle-ci se recentre sur ses missions essentielles tout en sanctuarisant les principes de subsidiarité et de proportionnalité pour redonner de l'autonomie aux législateurs nationaux.

Pour d'autres au contraire, il faudrait « plus d'Europe » : la sortie d'un pays qui n'était entré dans la Communauté économique européenne qu'en 1973 – et sans doute au prix d'un malentendu fondamental sur ses objectifs – serait propice à une relance ambitieuse de la construction européenne.

Une troisième voie pourrait être privilégiée afin de sortir d'un débat inutilement manichéen. Sans faire du passé table rase ni appeler à un dangereux « grand soir », l'heure est sans doute à s'atteler à une Europe « en mieux ».

2. Genèse du projet de Code européen des affaires : une intuition, un inventaire, un Roi nu. Dans la sphère juridique, il est en effet des domaines où la construction juridique européenne doit être améliorée voire approfondie. Des voix d'hommes et de femmes de bonne volonté issus de la société civile¹ se sont ainsi élevées, depuis quelques années, en faveur d'une unification des règles du jeu commercial dans la zone euro.

1. En particulier, ému par les turbulences de la crise grecque et par le risque d'un délitement de l'Union européenne, Paul Bayzelon (instigateur déjà du projet Ohada il y a près de 30 ans) eut l'intuition qu'une monnaie unique ne pouvait suffire à déterminer un espace de droit des affaires commun et qu'il fallait sans doute penser l'Europe du droit plus ambitieusement.

C'est pour vérifier la pertinence de cette prémonition que l'Association Henri Capitant, réseau international de tradition civiliste fondé en 1935 que le dédicataire de ces *Mélanges* présida – avec le talent que l'on sait – pendant plus de dix années, a souhaité dresser un inventaire de l'acquis communautaire en droit des affaires. Élaboré par quatorze contributeurs, l'ouvrage intitulé *La construction européenne en droit des affaires : acquis et perspectives* est paru en octobre 2016 aux éditions Lextenso.

Cet inventaire trilingue a permis de dresser un bilan volontairement synthétique de l'apport de l'Union européenne dans douze matières fondamentales du droit des affaires au sens large : droit du marché, droit du commerce électronique, droit des sociétés, droit des sûretés, droit de l'exécution, droit des entreprises en difficulté, droit bancaire, droit des assurances, droit des marchés financiers, droit de la propriété intellectuelle, droit social et droit fiscal.

Curieusement, une telle entreprise n'avait guère été conduite auparavant : son principal enseignement – qu'il a fallu dégager d'une main tremblante – tient à ce que le droit européen des affaires reste largement à construire. L'Europe – que beaucoup pensaient intégrée sur ce plan – ne l'est donc point. Or, si le projet a logiquement suscité des critiques stimulantes², il n'apparaît pas que le diagnostic ait été contesté par quiconque. C'est donc bien que « l'Empereur n'a pas d'habits », comme sut le voir le petit garçon du conte d'Andersen et qu'il importe de lui en confectionner de véritables cette fois...

3. De l'analyse à l'initiative. De là, un glissement inévitable de l'analyse vers l'initiative qu'ont souhaité conduire des juristes de tous horizons : un projet de Code européen des affaires³.

Cette entreprise ambitieuse de l'Association Henri Capitant ne saurait donc surprendre l'observateur attentif des insuffisances de l'acquis communautaire en la matière, sauf à ce qu'il se satisfasse pour d'autres motifs de ce que les droits nationaux conservent en ces matières une souveraineté encore prégnante.

L'histoire suggère d'ailleurs nettement que l'édification d'un droit commercial contribue à structurer les échanges et la Cité elle-même.

Jadis, les foires du Moyen Âge ont joué un rôle important dans la construction d'une Europe des échanges : on leur doit en partie le développement des techniques cambiaires, la sévérité des anciennes banqueroutes et l'importance attachée au respect de la parole donnée dans le commerce de marchandises.

Et ainsi que le relevait Reiner Schulze en 2016 : « Face au scepticisme général qui règne actuellement vis-à-vis des projets législatifs européens et de l'euroscepticisme grandissant, cette initiative peut paraître surprenante et audacieuse. Pourtant, un retour en arrière sur l'évolution du droit commercial et du droit des affaires national, par exemple en Allemagne, fait apparaître cette proposition

2. V. en particulier, L. d'AVOUT, « L'étonnante initiative en faveur d'un code européen des affaires », *JCP G* 2019, 559 ; L. d'AVOUT, « La France et l'Allemagne en quête d'un droit des affaires commun », *JCP E* 2019, 1276.

3. P. DUPICHOT, « Du Brexit au Code européen des affaires », *Dr et patr.* 2016, n° 262 ; « Vom Brexit zum Europäischen Wirtschaftsrecht », *ZEuP*, 2017, n° 2, p. 245 et s. ; L. BÉLANGER, « Un code européen des affaires, le droit au cœur de la consolidation de l'Europe », *JCP* 2017, 790.

moins étonnante que le fait qu'elle ne soit présentée que maintenant. En Allemagne, la codification du droit commercial au cours du XIX^e siècle a largement précédé la naissance du Code civil – pratiquement de quatre décennies en ce qui concerne le « Code général du commerce allemand ». En Espagne, le Code de commerce a même vu le jour soixante ans auparavant. À la naissance de ces marchés nationaux, un Code de commerce est apparu comme une nécessité impérieuse aux fins de faciliter le commerce et de renforcer l'économie. Les commerçants et les entreprises ont eu besoin du Code de commerce pour franchir les anciennes frontières du nouveau « marché intérieur » national de l'époque. »⁴

4. Plan. On présentera d'abord les *raisons* du projet de Code européen des affaires (I), puis l'état actuel de sa *réception* dans la sphère politique (II) et enfin quelques questions posées par son *élaboration* (III).

I – LES RAISONS

5. Un projet juridique, économique et politique. Un Code européen des affaires serait formidablement utile. Les raisons de s'y atteler sont d'ordre juridique certes (A) mais aussi économique (B) et politique (C).

A. Juridiques

6. En la forme : inaccessibilité et inintelligibilité. Le droit des affaires européen souffre formellement d'un déficit majeur d'accessibilité et d'intelligibilité.

La consultation du site « Eur-Lex »⁵ – qui tend pourtant à « L'accès au droit de l'Union européenne » – est souvent malaisée pour quiconque souhaite se renseigner sur le droit européen des affaires.

La raison tient à ce que ce dernier n'a guère d'épine dorsale : il n'a ni début, ni milieu, ni fin ; il n'a ni abscisse, ni ordonnée au simple motif qu'il n'est structuré par aucun plan. Partant, sa consultation plonge généralement l'entrepreneur dans un abîme de perplexité lequel voit surgir sur son écran d'ordinateur une suite de documents – à l'intitulé à rallonge et à la numérotation CELEX parfois absconse – renvoyant trop souvent eux-mêmes à d'autres textes, directives, règlements, communications, résolutions, etc. Et les « synthèses de la législation de l'UE », destinées à un public non spécialisé, sont « classées en 32 domaines d'action (*sic*) »⁶. Or, ces domaines sont profondément éclatés et plus de la moitié d'entre eux intéressent le droit des affaires. En particulier, l'entrée « Entreprises » est d'une parfaite indigence puisqu'elle se contente de renvoyer incomplètement à d'autres domaines d'actions (« Marché intérieur »,

4. R. SCHULZE, « Initiative pour un code européen des affaires », discours inédit au CNB, 1^{er} juillet 2016.

5. <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>.

6. <https://eur-lex.europa.eu/browse/summaries.html>.

« Concurrence », « Commerce extérieur », « Fiscalité », « Douanes »). Pareille situation est d'autant plus regrettable que l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi est, aux yeux du juriste français, un objectif de valeur constitutionnelle⁷.

L'Union européenne semble prendre conscience de ces insuffisances, elle qui tente de plus en plus fréquemment de consolider (et non de « codifier » comme le laisserait entendre l'emploi de ce vocabulaire par l'UE...) ou de refondre ses directives afin de les rendre plus lisibles⁸. Le 13 avril 2016, un accord interinstitutionnel a du reste été conclu entre la Commission, le Conseil et le Parlement européen, intitulé « Mieux légiférer » : il « vise à améliorer la manière dont l'UE légifère et à faire en sorte que la législation de l'UE serve mieux les citoyens et les entreprises. Il devrait rendre le processus législatif de l'UE plus transparent, plus ouvert aux contributions des acteurs concernés et plus facile à comprendre. Il contribuera également à évaluer l'incidence de la législation de l'UE sur les petites et moyennes entreprises, l'industrie locale et le grand public ». Il a été prolongé par l'initiative « Better Regulation » de la Commission, visant notamment à garantir une meilleure qualité de la législation⁹, ou encore par le programme « pour une réglementation affûtée et performante » (REFIT)... Toutefois, ces accords ou programmes tendent surtout à limiter le nombre de nouveaux règlements et directives plus qu'à les ordonner logiquement ; à ce titre, ils remettent souvent en exergue les principes de subsidiarité et de proportionnalité¹⁰.

7. Au fond : hétérogénéité de l'acquis communautaire en droit des affaires.

Le périmètre et l'étendue de la construction juridique communautaire ont été tributaires de la répartition des compétences résultant du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE).

Aussi, l'acquis communautaire est-il naturellement plus fort en matière de droit de la concurrence – qui relève de la compétence exclusive de l'Union – que dans les domaines relevant de compétences partagées et justiciables des principes de subsidiarité et de proportionnalité (marché intérieur par exemple) ou *a fortiori* de la fiscalité, encore soumise à la règle de l'unanimité.

Cet éclatement des compétences aura été un puissant frein à l'adoption de règles matérielles uniformes : la construction communautaire dans le champ du droit des affaires s'est effectuée d'une façon profondément hétérogène. Riche sur certains thèmes (marché, commerce électronique, propriété industrielle, sociétés, etc.), elle est parcellaire sur d'autres (sûretés, voies d'exécution, opérations bancaires, fiscalité, etc.). Partant, le droit européen reste largement à construire et des pans entiers du droit des affaires sont encore la chose des États membres.

7. Cons. const., 16 déc. 1999, DC, n° 99-421 – Cons. const., 27 juillet 2006, DC n° 2006-540.

8. On saluera notamment ici l'utile consolidation effectuée par la Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés.

9. https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_fr.

10. V. par ex. Communication de la Commission Junker, « Améliorer la réglementation : de meilleurs résultats pour une Union plus forte », 14 septembre 2016, COM/2016/0615.

B. Économiques

8. Un marché (sans droit) commun ? Plus de soixante-trois ans après la signature du Traité de Rome, il devient chaque jour plus étrange que les 27 États membres commercent entre eux sous l'empire de droits des affaires éclatés et, pour 19 d'entre eux, moyennant une monnaie commune.

Le qualificatif si connu de « marché commun » sied mal pour désigner une zone de commerce au sein de laquelle subsistent des disparités notables entre les droits nationaux des affaires. Pour ne donner qu'un exemple bien connu, les taux de l'impôt sur les sociétés varient du simple au triple entre États membres, tandis que les législations sociales diffèrent grandement. Partant, les États membres se font parfois concurrence entre eux – plutôt que de présenter un front uni à l'égard des autres pays – et le *law shopping* s'en trouve favorisé.

On pourrait donc soutenir qu'un marché unique de biens et de services devrait impliquer un cadre juridique uniforme applicable à ce marché.

Entendu en un sens large, le droit des affaires détermine en effet les règles du jeu commercial. Aussi, l'inachèvement actuel de ce (pseudo) marché commun est-il profondément inefficace économiquement. La situation relève en effet de l'absurde : elle s'apparente à celle dans laquelle des personnes prétendraient jouer ensemble aux cartes, sur un même tapis (territoire de l'UE), avec les mêmes jetons (euros) mais au prix de règles sensiblement différentes de part et d'autre de la table de jeu (absence de droit uniforme).

9. Un entrepreneur européen fort dépourvu... Le cas d'un Européen souhaitant créer son entreprise est malheureusement éclairant quant au déficit d'instruments européens contractuels de base.

En effet, cet entrepreneur ne pourra pas constituer une société de droit européen au capital social et à la structure adaptée à son activité naissante ; la fiscalité de son activité sera déterminée par la loi nationale ; il ne pourra pas conclure de contrat de bail européen pour louer ses locaux, ni d'assurance européenne pour couvrir les risques de son activité ; il n'aura pas le loisir de souscrire de contrat de crédit européen pour financer son activité ni d'octroyer de sûreté européenne pour susciter la confiance de son prêteur ; et si, malheureusement, le succès n'est pas au rendez-vous, aucune saisie européenne ne viendra en aide à ses créanciers...

Le Président Giscard d'Estaing a finement relevé, dans sa préface à l'ouvrage précité, les inconvénients majeurs qui en résultent en termes de croissance économique¹¹ : « Le droit de l'entreprise est un vecteur puissant de la convergence économique, fiscale et sociale. Cette convergence est essentielle à la consolidation de l'Euro qui est aujourd'hui la colonne vertébrale de la construction européenne. (...) ce droit, qui régit le quotidien des entreprises, n'a pas été suffisamment pris en compte par les dirigeants européens.

11. V. GISCARD D'ESTAING, préface à *La construction européenne en droit des affaires : acquis et perspectives*, Lextenso, 2016.

Or ce sont bien ces centaines de milliers d'entreprises, de petite, moyenne et plus grande taille, qui sont les forces vives des économies européennes et de leur nécessaire convergence.

Ces acteurs économiques industriels et commerçants, constituent en effet la source première de la création de richesses, de la croissance et de l'emploi. Ils doivent évoluer dans un environnement juridique, fiscal et social convergent, dès lors qu'ils opèrent au sein d'un espace monétaire unifié, de libre circulation des biens, des services, des capitaux et du travail. C'est pourquoi il est temps d'adosser la monnaie unique, l'Euro, à un socle de droit unifié des affaires ».

Un tel socle de droit unifié des affaires pourrait faire gagner de précieux points de croissance aux États membres et être un vecteur de richesse pour les entreprises européennes. Il faciliterait grandement le développement des échanges intracommunautaires en incitant TPE et PME à commercer au-delà de leurs frontières, avec une plus grande sécurité et en toute confiance. Comparé au commerce entre États fédérés des États-Unis d'Amérique, le commerce entre États membres de l'Union est ainsi nettement inférieur¹². Or, les barrières linguistiques et culturelles n'expliquent pas tout, ce qui dénote une fragmentation de ce marché européen. Aussi, un socle de droit unifié des affaires contribuerait-il grandement à améliorer « le fonctionnement du marché intérieur » au sens de l'article 26 du TFUE.

10. Expériences étrangères de codification à but d'efficience économique : UCC, Ohada. Un rapide tour d'horizon suggère qu'il n'est guère de grande zone d'échange sans droit uniforme. L'Union européenne se distingue sur ce point malencontreusement par la faible intégration juridique de son droit des affaires.

Les États-Unis d'Amérique ont rapidement compris l'intérêt d'une uniformisation, en lien étroit avec la pratique, de leur droit des affaires : tel fut largement l'ambition du *Uniform Commercial Code*. Élaboré à partir de 1942 en partenariat entre la *Uniform Law Commission* et l'*American Law Institute*¹³, il fut finalisé dès 1949 sous la plume alerte du professeur Karl Llewellyn. Actualisé régulièrement, le UCC porte des règles uniformes de droit commercial proposées à l'adoption des États. Celles-ci ont été reprises presque intégralement par l'ensemble des États, à l'exception notable de la Louisiane. L'objectif du UCC était ainsi de répondre à la difficulté rencontrée par les sociétés nord-américaines liée à la combinaison des droits commerciaux différents des États, particulièrement en matière de ventes, prêts, garanties et instruments négociables ou financiers. Quoique ses neuf « articles » – des têtes de chapitres en

12. K. HEAD, et T. MAYER (2002), « Non-Europe : The Magnitude and Causes of Market Fragmentation in the EU », *Review of World Economics*, 2(136) : 285-314, cité par V. GOMEZ BASSAC, « Rapport sur l'élaboration d'un Code européen des affaires », 8 juillet 2019, p. 37 ; *adde*, V. AUSSILLOUX, Ch. EMLINGER, L. FONTAGNÉ, « Y a-t-il encore des gains à l'achèvement du marché unique européen ? », *Lettre du CEPII* 2011, n° 316 concluant que : « l'élimination de toutes les barrières au commerce subsistant au sein de l'Union européenne apporterait des gains deux à trois fois supérieurs à ceux déjà obtenus. Un tel objectif d'élimination des barrières constitue une hypothèse extrême, voire irréaliste. Néanmoins, l'ampleur des gains potentiels est telle que ces résultats démontrent que la poursuite de l'intégration européenne constitue l'un des principaux leviers de la croissance européenne ».

13. <https://www.uniformlaws.org/acts/ucc>.

réalité – ne couvrent pas l'ensemble des champs du droit commercial¹⁴, le UCC a certainement contribué à l'émergence d'un marché fédéral qui, 70 ans plus tard, est riche de près de 330 millions d'habitants¹⁵. L'article 1-103 met d'ailleurs nettement en évidence l'objectif de développement économique du UCC, indiquant que « (a) Le Code de commerce uniforme doit être interprété et appliqué de manière à promouvoir ses objectifs sous-jacents, qui sont : (1) simplifier, clarifier et moderniser la loi régissant les transactions commerciales ; (2) de permettre l'expansion continue des pratiques commerciales par la coutume, les usages et l'accord des parties ; et (3) uniformiser la loi entre les différents États »¹⁶.

L'Afrique¹⁷ se distingue aussi sur ce point par la modernité et le volontarisme de sa démarche. L'article 1^{er} du Traité de Port-Louis instituant l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (Ohada), adopté le 17 octobre 1993, énonce ainsi que « le présent Traité a pour objet l'harmonisation¹⁸ du droit des affaires dans les États Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels ». Le Préambule du Traité ne laisse pas subsister le moindre doute sur l'ambition de développement économique de l'Ohada, les signataires s'affirmant « persuadés que la réalisation de ces objectifs suppose la mise en place dans leurs États d'un Droit des Affaires harmonisé, simple, moderne et adapté, afin de faciliter l'activité des entreprises ; Conscients qu'il est essentiel que ce droit soit appliqué avec diligence, dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement »¹⁹.

Car ainsi que Kéba M'Baye, un des pères de l'Ohada, l'avait sobrement énoncé pour présenter l'œuvre accomplie, « l'Ohada a une origine africaine et sa raison d'être est économique, tout simplement »²⁰.

14. Les sociétés et les procédures collectives n'y figurent notamment pas.

15. A. FARNSWORTH, « Le Code de commerce uniforme des États-Unis d'Amérique », *RIDC*, 1963, p. 733 ; D. TALLON, « Le Code de commerce uniforme des États-Unis d'Amérique », *RIDC*, 1971, p. 617.

16. Traduction libre.

17. 17 pays forment l'Ohada correspondant à 3 grandes régions : CEDEAO (Communauté Économique de développement des États de l'Afrique de l'Ouest), CEDEAO (Communauté Économique de développement des États de l'Afrique de l'Ouest et Îles Comores).

18. En réalité, il s'agit d'uniformisation et pas seulement d'harmonisation.

19. On relèvera que le champ du droit des affaires a été utilement défini à l'article 2 du Traité Ohada, montrant, s'il en était besoin, que la détermination du périmètre de cette matière est parfaitement possible pour les besoins de la cause : « Pour l'application du présent traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent traité et aux dispositions de l'article 8 ».

20. KÉBA M'BAYE, « L'histoire et les objectifs de l'Ohada », *Petites affiches*, 13 octobre 2004, n° 205, p. 4.

Fort de dix Actes uniformes porteurs de règles matérielles, le droit continental est au service de la croissance en zone Ohada : nombre d'États parties y connaissent ainsi des taux de croissance enviablés de l'ordre de 4,5 à 7 % du PIB²¹.

Ainsi que Michel Grimaldi l'avait finement relevé, « la genèse et le démarrage de l'Ohada constituent bien une aventure, humaine sans doute avant même d'être juridique, et qui doit son essor actuel à la volonté inébranlable de quelques personnes convaincues à juste titre que le rétablissement de la sécurité juridique et la mise en cohérence des environnements juridico-économiques des pays africains sont les préalables nécessaires du développement de leurs économies »²².

C. Politiques

11. Quête de sens à l'intérieur. Juridiques et économiques, les raisons tendant à l'adoption d'un Code européen des affaires sont également politiques.

L'Europe est de nos jours en proie au doute : ébranlée par le Brexit, bousculée par les phénomènes migratoires, préoccupée par les émeutes anticapitalistes, elle subit le réveil économique de la Chine et s'incline devant la supériorité technologique des États-Unis d'Amérique. La place prise par les GAFAM tout à la fois la paralyse et la fascine...

Sauf à nourrir un sentiment antieuropéen pour d'autres raisons, il importe de redonner du sens et du souffle à l'Union européenne.

À l'intérieur des frontières de l'Union européenne, montrer que l'Europe s'intéresse à ses entrepreneurs et à ses entreprises paraît une nécessité. En effet, à l'exception notable des règles intéressant la concurrence, le commerce électronique et la propriété industrielle, la construction européenne en droit des affaires s'est insuffisamment intéressée à la pratique quotidienne des commerçants et entreprises de l'UE (TPE et PME) et, plus généralement, de ceux qui ne sont ni banquiers, ni assureurs, ni consommateurs²³.

L'Union européenne a ainsi tendance à n'envisager la vie des affaires qu'autour de deux grands pôles, celui du banquier, de l'assureur, de l'entreprise d'investissement d'un côté, celui du consommateur, de l'autre. On songera notamment à la réglementation prudentielle, de la surveillance des établissements de crédit (l'Union bancaire), des entreprises d'assurance ou des prestataires de services d'investissements, de la transparence des marchés financiers (l'Union des marchés de capitaux) ou des systèmes de paiement (SEPA ou Single Euro Payments Area), des restructurations de sociétés, ou encore de la lutte contre la fraude fiscale, etc.

21. V. par ex. les statistiques régionales et par pays de la Banque africaine de développement, www.afdb.org.

22. M. GRIMALDI, Journée Ohada de l'Association Henri Capitant, « Avant-propos », *Petites affiches*, 13 octobre 2004, n° 205, p. 3.

23. Mentionnons toutefois les utiles acquis suivants : Groupement Européen d'Intérêt Économique, Société Européenne, titre exécutoire européen, saisie conservatoire européenne de comptes bancaires, marque européenne, dessins et modèles européens, droit des garanties financières, assiette de la TVA, etc.

Si ces thématiques sont fondamentales, leur récurrence et leur omniprésence dans l'arsenal législatif de l'Union accèdent dangereusement l'image – chère aux europhobes et aux extrêmes – d'un droit éloigné des préoccupations des très petites et moyennes entreprises, plus « financier » que véritablement « commercial ».

Aussi, se réjouira-t-on que le nouveau commissaire européen au Marché intérieur, Thierry Breton, semble vouloir réorienter la politique de l'UE. Il affirmait ainsi récemment dans un grand quotidien²⁴ que « la politique industrielle en Europe ne peut plus être conduite avec pour seul but de réduire les prix pour le consommateur. Nos entreprises à la base de nos emplois, de nos progrès et de notre souveraineté doivent être replacées au cœur de nos politiques (...) il y aura un avant et un après-Commission von der Leyen ». Il importe donc de replacer l'UE au service des citoyens et des entrepreneurs, afin que celle-ci soit, à nouveau, considérée comme un espace de liberté et non de contrainte.

12. Enjeu de civilisation à l'extérieur. À l'extérieur des frontières européennes, le droit de l'Union doit tendre à embrasser la valeur d'un modèle : devenir une source d'inspiration pour les législateurs étrangers, de réflexion pour les juristes de tous pays, de sécurité juridique pour les investisseurs. À cette condition seulement, il rayonnera et l'Europe avec lui. C'est sans doute là un enjeu de civilisation : un droit est porteur de concepts et de valeurs qui sont le produit d'une culture et d'un mode de vie. Parce qu'il y a une civilisation européenne, il doit y avoir un droit européen des affaires accessible et intelligible. Or, quoique l'Union européenne se soit construite par le droit et sur le droit, elle n'est guère pour l'heure un phare de la civilisation européenne dans le champ des échanges économiques...

II – LA RÉCEPTION

13. Plan. Simple initiative d'une société savante, le projet de Code européen des affaires revêtait logiquement les allures d'une pure utopie lors de son lancement²⁵. Tel n'est plus le cas aujourd'hui : l'idée que l'Europe a besoin d'un droit des affaires intégré et codifié se diffuse chaque jour davantage. Elle rencontre ainsi une adhésion croissante dans la sphère politique, non seulement au sein du couple franco-allemand (A) mais au-delà (B).

A. Par le couple franco-allemand

14. Vers un code franco-allemand des affaires. Après un démarrage français, l'objectif d'unification du droit européen des affaires recueille un écho favorable

24. Thierry Breton, *Le Figaro*, 2 mars 2020, <https://www.lefigaro.fr/conjoncture/thierry-breton-l-ue-ne-doit-plus-avoir-pour-seul-but-de-reduire-les-prix-pour-le-consommateur-20200302>.

25. Le travail ayant conduit à l'inventaire a été mené de mi 2015 à octobre 2016 ; les travaux de rédaction d'un projet de Code ont été initiés en mars 2017.

au sein du couple franco-allemand, dont l'importance n'est plus à démontrer pour l'avenir de l'Europe. Les liens étroits noués entre le Président Valéry Giscard d'Estaing et le Chancelier Helmut Schmidt à partir de 1974 ont, bon an mal an, servi de guide pour tous leurs successeurs. « Jamais rien sans la France » dira Helmut Schmidt. Dans son discours sur l'Europe prononcé en Sorbonne le 26 septembre 2017, le Président Emmanuel Macron a logiquement entendu s'appuyer sur ce moteur franco-allemand pour appeler à l'intégration des droits des affaires : « 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 ? ». L'annonce était d'importance : l'impulsion sera franco-allemande ou ne sera pas²⁶.

Puis, le 22 janvier 2018, le Bundestag et l'Assemblée nationale ont adopté une résolution commune plaidant pour « la réalisation d'un espace économique franco-allemand avec des règles harmonisées, notamment en ce qui concerne le droit des sociétés et l'encadrement des faillites d'entreprises ». Plus récemment, un rapport parlementaire du 29 novembre 2018 rédigé par les députés Christophe Naegelen et Sylvain Waserman, sur *l'Avenir de la zone euro* reprenait à son compte – parmi quatre propositions pour renforcer la zone euro – « Le projet de Code Européen des Affaires » porté par l'Association Henri Capitant²⁷, en préconisant de lui donner une assise franco-allemande.

Dans le prolongement de ce rapport, un important « Traité franco-allemand sur la coopération et l'intégration franco-allemandes » a été signé à Aix-la-Chapelle, le 22 janvier 2019, lequel accorde une place de choix à l'intégration des droits des affaires. Son article 20 § 1 dispose ainsi que : « (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 ». Ce Traité a été ratifié par la loi n° 2019-1066 du 21 octobre 2019 et remplace le Traité de l'Élysée du 22 janvier 1963.

Constituée de 50 députés français et de 50 députés allemands, la nouvelle assemblée parlementaire franco-allemande (APFA) a, dès sa troisième réunion, adopté, le 6 février 2020, une « Délibération instituant un groupe de travail "Harmonisation du droit français et du droit allemand des affaires et des faillites" ». Elle s'est par ailleurs « fixée pour objectif concret d'élaborer un code

26. R. KRÜSE et F. RIESTER, « Pour un code européen des affaires », *Le Monde*, 5 mai 2018.

27. Ch. NAEGELEN et S. WASERMAN, Rapport d'information AN, 29 nov. 2018, n° 1453, « L'avenir de la zone euro », p. 85 à 91.

franco-allemand des affaires qui soit juridiquement contraignant » ce qui constitue un évènement considérable.

Quelques semaines après l'adoption du Traité d'Aix-la-Chapelle, un décret du 13 février 2019 du Premier ministre, Édouard Philippe, confiait à Valérie Gomez Bassac, universitaire et députée, une « mission parlementaire temporaire ayant pour objet l'élaboration d'un code européen des affaires ». Au terme de près de 46 auditions en France et de 32 conduites dans cinq grandes capitales européennes (Berlin, Bruxelles, Budapest, Dublin, Rome), Valérie Gomez-Bassac a rendu son rapport le 8 juillet 2019. Au vu notamment des travaux engagés par l'Association Henri Capitant, elle y relève que « le Brexit ainsi que le renouvellement opéré au Parlement européen comme à la Commission européenne sont autant d'opportunités pour avancer rapidement vers la création d'un Code européen des affaires lisible, exigeant et adapté à toutes les entreprises, et répondant à une vraie attente des acteurs économiques, partout en Europe ; (...) l'Europe doit être une chance pour tous, et le marché européen ne peut pas être une opportunité uniquement pour les grands groupes. Pour créer de l'adhésion au libre-échange européen, chacun doit pouvoir y trouver une opportunité pour développer son entreprise, quelle que soit sa taille »²⁸.

B. Au-delà du couple franco-allemand

15. Coopération renforcée et implication des gouvernements. Les réflexions actuelles se diffusent opportunément au-delà du couple franco-allemand.

Dans son Livre Blanc sur l'avenir de l'Europe, publié le 1^{er} mars 2017, la commission Juncker identifiait, à l'horizon 2025, un 3^e scénario parmi 5 scénarii possibles (intitulé « Ceux qui veulent plus font plus »), consistant à ce qu'« *un groupe de pays travaille en collaboration et convient d'un* « code de droit des affaires » commun unifiant le droit des sociétés, le droit commercial et des domaines connexes, qui aide les entreprises de toute taille à exercer facilement leurs activités au-delà des frontières ». Et la Commission de rappeler qu'il est loisible « aux États membres qui le souhaitent d'avancer ensemble dans des domaines spécifiques » autour de « coalition de pays volontaires » s'accordant sur des modalités juridiques particulières de coopération.

On songe au premier chef ici à la possibilité de recourir au dispositif de la « coopération renforcée », laquelle a vu ses modalités assouplies par le Traité de Lisbonne²⁹. Impliquant la participation d'au moins neuf États membres, la coopération renforcée peut être instituée dans tous les domaines de l'action européenne pourvu qu'elle ne porte pas sur une compétence exclusive de l'UE – à l'instar du droit de la concurrence –, qu'elle permette de renforcer le processus d'intégration de l'Union et soit autorisée par le Conseil des ministres.

28. V. GOMEZ BASSAC, « Rapport sur l'élaboration d'un Code européen des affaires », 8 juillet 2019, et communiqué de presse.

29. Art. 20 Traité UE et art. 326 et s. TFUE.

Mais on pourrait rêver à une adoption à l'échelle de l'Union elle-même, à la demande du Conseil européen et donc des gouvernements, et ce quitte à affronter la règle de l'unanimité des 27. Un projet aussi ambitieux suppose un investissement des gouvernements eux-mêmes : l'Ohada n'aurait ainsi jamais vu le jour sans l'engagement des ministres des finances puis des chefs d'État des pays signataires...

Il serait à cet égard mortifère pour l'Union que l'impulsion franco-allemande ne serve pas l'objectif d'intégration des droits des affaires de tous les États membres qui le souhaitent. La France et l'Allemagne ne sont fortes que lorsqu'elles ouvrent une nouvelle voie, ouverte aux autres pays, sans risquer d'apparaître aux yeux de leurs voisins comme un club fermé de deux membres... Il importe donc que le projet soit véritablement européen et pas seulement franco-allemand. L'impulsion franco-allemande est à la fois une chance et un risque de ce point de vue³⁰ : elle ne saurait être qu'un point de départ et certainement pas un point d'arrivée. Aussi, on se réjouira que la délibération de l'Assemblée franco-allemande précitée du 6 février 2020 mentionne, au-delà de l'ambition concrète de l'élaboration d'un code franco-allemand des affaires, « l'objectif d'une codification du droit des affaires européen tout entier » à plus long terme.

Les années à venir seront, en toute hypothèse, déterminantes.

III – L'ÉLABORATION

16. La raison sans l'autorité... Comment élaborer un tel Code européen des affaires ? Il reviendra aux gouvernements des États membres de l'Union de se prononcer, le cas échéant, en faveur d'un tel projet et, dans l'affirmative, d'en arrêter le processus rédactionnel³¹.

On se limitera donc à présenter ici l'offre de Code européen préparée au sein de l'Association Henri Capitant en partenariat avec la Fondation pour le droit continental.

En dépit d'une intense activité d'expertise législative menée par le récipiendaire de ces *Mélanges*³², une société savante n'est un législateur ni à l'échelon

30. V. GOMEZ BASSAC, « Rapport sur l'élaboration d'un Code européen des affaires », précité, p 106, relevant à juste titre à propos d'un accord bilatéral entre la France et l'Allemagne que : « l'adoption d'un accord de cette nature avec ce seul pays serait de nature à soulever des craintes supplémentaires de la part d'autres États membres qui ne pourraient le valoriser ».

31. Même s'agissant du projet de code franco-allemand dont le principe est acté (V. *supra* n° 14), les modalités précises d'organisation des travaux du groupe de travail « Harmonisation du droit français et du droit allemand des affaires et des faillites » sont, à ce jour, inconnues.

32. On songera ici bien entendu à la Commission de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française « dite Commission Grimaldi » de réforme du droit des sûretés dont les travaux (2003-2005) ont directement inspiré l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés ; et, dernièrement, aux travaux (2016-2017) ayant conduit à l'élaboration d'un nouvel avant-projet de réforme du droit des sûretés daté de juin 2017 qui pourrait inspirer l'ordonnance à prendre en application de l'article 60 de la loi Pacte du 22 mai 2019 ; Michel Grimaldi est par ailleurs intervenu comme expert pour les réformes du Code civil, au Vietnam ou en Chine.

national, ni à plus forte raison à l'échelon européen. Initiatrice d'un ambitieux projet « bottom up », l'Association Henri Capitant est libre de formuler des offres de loi européenne, avec la raison pour seule autorité mais sans la raison de l'autorité. Mais même conduite avec la liberté que confère l'absence de tout mandat officiel³³, une telle entreprise reste une tâche immense. Portée par des juristes bénévoles et de tous horizons, s'exerçant sur un domaine aussi vaste que riche en spécificités nationales, elle pourrait avoir toutes les raisons d'échouer... Elle n'en doit pas moins être engagée et poursuivie, tant sont puissants les impératifs auxquels elle répond.

17. Plan. L'élaboration dudit projet au sein de l'Association Henri Capitant repose sur la codification (A) et s'inscrit dans une vision³⁴ de ce que pourrait être un droit européen des affaires plus intégré (B).

A. La codification

18. Atouts du droit continental : sécurité, accessibilité, équilibre et moindre coût. Le choix de la codification s'impose au regard de ses qualités. Le dédicataire de ces *Mélanges* en a dégagé les atouts mieux que quiconque, lui dont l'inlassable énergie et l'intelligence pénétrante ont été placées, une vie durant, au service du droit continental. Il y a plus de 15 ans, Michel Grimaldi marquait ainsi en ces termes son intérêt pour l'aventure codificatrice de l'Ohada : « À l'heure des célébrations du bicentenaire du Code civil, l'Association Henri Capitant ne pouvait qu'être sensible à cette démonstration de la vitalité et de la modernité d'un droit francophone qui, écrit et codifié, semble avoir été choisi par les législateurs des États signataires du Traité Ohada pour ses atouts intrinsèques : importance des concepts et des définitions, clarté, concision et accessibilité, cette dernière étant particulièrement cruciale dans des pays où l'accès à un droit d'inspiration prétorienne serait problématique »³⁵. Plus récemment, il décrivait avec profondeur les qualités et valeurs intrinsèques d'un droit continental qui – à la différence de la *common law* – ne s'inscrit pas dans une culture du contentieux et dont la codification facilite grandement l'accessibilité tant matérielle qu'intellectuelle : « matérielle, parce qu'elle est plus facile à connaître lorsqu'elle est contenue dans une loi ou dans un code que lorsqu'il faut l'extraire d'un ensemble de décisions ; intellectuelle, parce qu'elle est

33. En dépit notamment de contacts réguliers avec la Chancellerie et de ce que ses travaux sont régulièrement visés et cités à l'échelon français comme européen, le projet porté par l'Association Henri Capitant, en partenariat avec la Fondation pour le droit continental, est mené, pour l'heure, en dehors de toute mission à caractère officiel.

34. V. sur la question, M. LEHMANN, « Braucht Europa ein Handelsgesetzbuch ? », *ZHR* 181 (2017) 9-42 ; M. LEHMANN, « Das Europäische Wirtschaftsgesetzbuch – Eine Projektskizze », *GPR* 6/2017, p. 262 et s. ; M. LEHMANN, J. SCHMIDT et R. SCHULZE, « Das Projekt eines Europäischen Wirtschaftsgesetzbuchs », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2017, n° 8, p. 225 et s. ; *Le projet d'un Code européen des affaires*, 7^{es} Journées franco-allemandes de l'Association Henri Capitant, vol. 34, éd. SLC, 2020.

35. M. GRIMALDI, Journée Ohada de l'Association Henri Capitant, « Avant-propos », *Petites affiches*, 13 octobre 2004 n° 205, p. 3.

plus facile à comprendre lorsqu'elle est formulée en termes généraux et abstraits que lorsqu'elle est enrobée dans les faits d'une espèce particulière »³⁶.

La codification dessine un droit *sûr* qui n'oblige pas à aller chercher le contenu de la règle de droit devant le juge et donc *peu coûteux* car il prévient la chicane. Elle est la garantie d'un droit *accessible* et intelligible, répondant à un impératif démocratique. Et le vecteur d'un droit *équilibré* qui prend en considération l'efficacité économique sans pour autant lui sacrifier son âme, sachant introduire une dimension raisonnée de protection du faible.

19. Une « spécificité franco-française », la codification ? En dépit de ses insignes avantages et de son ancienneté, la technique de la codification si bien décrite par Rémy Cabrillac³⁷ fait parfois peur : sur le plan européen, elle pourrait susciter des résistances³⁸.

En particulier, on entend parfois que la codification serait une « spécificité franco-française », qu'il ne faudrait surtout pas porter à l'échelon de l'Union (à peine de réveiller le démon des conquêtes napoléoniennes, lequel exporta le Code civil par la force des baïonnettes ?).

De telles réticences sont pour le moins surprenantes.

D'une part en effet, l'immense majorité des États membres de l'Union a reçu le droit continental en partage. Et depuis le départ du Royaume-Uni, seuls 3 pays sur 27 restent attachés à la *common law* : Chypre, Irlande et Malte, lesquels ne comptent que 6,5 millions d'habitants sur un total post Brexit de 446 millions³⁹. On ne saurait donc sérieusement redouter que la perspective d'adoption d'un Code de droit des affaires au sein de l'Union méconnaisse « les différents systèmes et traditions juridiques des États membres » (article 67 TFUE). La codification pourrait au contraire constituer un marqueur d'une culture juridique européenne, d'une façon de penser et d'écrire le droit afin de lui donner un plan et une structure qui lui font défaut.

D'autre part, les atouts d'une codification du droit des affaires sont tels que la première puissance économique au monde, pourtant de *common law*, a codifié son droit commercial via le UCC, ainsi qu'on l'a indiqué⁴⁰ : or, si un éminent

36. M. GRIMALDI, « Le droit continental face à la mondialisation », *Études à la mémoire de Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 293 et s., spéc. n° 4 et 5.

37. Voir sur cette question, R. CABRILLAC, *Les codifications*, coll. Droit, éthique et société, éd. PUF, 2002 ; du même auteur, *La codification du droit des affaires au xx^e siècle : les occasions manquées*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2007, « Qu'en est-il du Code de commerce 200 ans après ? ».

38. R. CABRILLAC, « Un Code européen des affaires, une chance pour la construction européenne », *D.*, 13 juin 2019, n° 21, spéc., n° 8.

39. V. déjà, sur la question, les réflexions de M. BUSSANI, « Faut-il se passer du *common law* (européen) ? Réflexions sur un Code civil continental dans le droit mondialisé », *RIDC* 1-2010, p 7 et s., spéc. p. 13. Comp. les chiffres de l'étude de l'Université d'Ottawa repris in Étude du Conseil d'État, *L'influence internationale du droit français*, La Documentation française, 2001, p. 21 et 22 : la *civil law* était alors, à l'état pur, le système de presque 24 % de la population mondiale tandis que seulement 6,5 % de cette population vit sous un système de pure *common law*.

40. V. *supra* n° 10.

comparatiste français a douté qu'il s'agisse là d'un code *stricto sensu*⁴¹, le juriste nord-américain y voit volontiers le triomphe d'une technique romaniste de codification, d'inspiration française, dont il souligne les vertus⁴² !

C'est dire s'il est permis de rêver à l'adoption, un jour, d'un Code bleu et or qui aura pour mission d'accroître la lisibilité du droit de l'Union et de le réincarner à l'attention des entreprises européennes...

B. La vision

20. Périmètre du Code et organisation des travaux. La vision portée par l'Association Henri Capitant s'articule autour de l'expérience acquise dans de précédentes propositions de réformes du droit privé (sûretés, contrats spéciaux, biens, etc.) et repose sur son réseau international de tradition civiliste, le premier du genre. Elle a été rendue possible dans le cadre d'un partenariat avec la Fondation pour le droit continental, qui contribue grandement au portage politique du projet, et avec le soutien précieux du CNB, du Barreau de Paris, du CSN et des professions juridiques⁴³.

Cette vision est celle d'un Code, c'est-à-dire de « l'ensemble des dispositions légales relatives à une matière spéciale ou réunies par le législateur »⁴⁴ ou, suivant le Vocabulaire juridique, de « l'ensemble cohérent des règles qui gouvernent une matière (...) (en général selon un plan systématique) »⁴⁵. L'œuvre apparaîtra d'emblée comme impossible à réaliser et de (très...) longue haleine : elle n'en doit pas moins constituer dès à présent une *direction*, un objectif à atteindre de nature à inspirer d'ores et déjà le législateur européen qui entend « Mieux légiférer ».

L'appellation de code de « droit des affaires » (usuelle) a paru préférable à celle de code « de commerce » (« datée » à l'heure où la notion de commerçant s'étiole...) ou de code des activités économiques (peu usuelle).

41. D. TALLON, « Le Code de commerce uniforme des États-Unis », *RIDC* 1971, p. 617 et s. selon qui le UCC « n'est pas un code et encore moins un Code de commerce » car, plus qu'une refonte systématique de tout le droit ou une renaissance du droit commercial en pays de *common law*, il traduirait une « abdication des juristes devant la pratique » et une mise bout à bout d'une série de lois uniformes souvent préexistantes.

42. En ce sens, William D. HAWKLAND, « The Uniform Commercial Code and the Civil Codes », *Louisiana Law Review*, volume 56, Number 1, *Fall 1995*. Comp. M. FRANKLIN, « On the legal method of the uniform commercial code », *16 Law & Contemp. Prob.* 330, 333 (1951), citant les travaux de la Commission Julliot de la Morandière.

43. Le projet est piloté par un Comité directeur composé (par ordre alphabétique) de : Mauro Bussani (Professeur à Trieste) ; Philippe Dupichot (Professeur à Paris 1) ; Michel Grimaldi (Professeur émérite de Paris 2) ; Anne-Charlotte Gros (Directrice générale de la Fondation pour le droit continental) ; Matthias Lehmann (Professeur à Bonn) ; Reiner Schulze (Professeur à Münster, Président du Groupe allemand de l'Association Henri Capitant).

44. Dictionnaire d'E. Littré, 3^e entrée.

45. *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, sous la dir. G. CORNU, éd. PUF, Quadrige, 13^e éd., 2020, V^o « Code ».

On pourra discuter académiquement du champ du « droit des affaires » : car il revêt une « *acception plus large* » que le « droit commercial » dont il est le pendant « *moderne* » d'après le Vocabulaire juridique⁴⁶.

Au cas présent, le choix a été fait de se placer du point de vue d'un entrepreneur européen souhaitant commercer dans l'Union sur un marché intérieur défragmenté, et ce dans une perspective « B to B ». Aussi, le périmètre a-t-il été déterminé par référence aux matières qui ont fait l'objet de l'inventaire précité de 2016, enrichies d'une partie générale, c'est-à-dire : droit commercial général⁴⁷, droit du marché, droit du commerce électronique, droit des sociétés, droit des sûretés, droit de l'exécution, droit des entreprises en difficulté, droit bancaire, droit des assurances, droit des marchés financiers, droit de la propriété intellectuelle, droit social, droit fiscal.

La démarche consistant à arrêter les contours du droit des affaires par matière et « par convention » est comparable à celle menée par l'Ohada⁴⁸. Un tel périmètre sera susceptible d'évoluer au gré des contraintes et priorités du législateur européen⁴⁹, pourvu qu'une cohérence soit conservée aux matières abordées.

Chaque groupe de travail est constitué de 5 à 10 membres : universitaires, avocats, notaires ou autres praticiens. Il est animé par une codirection franco-allemande ; les chancelleries française et allemande y sont représentées en qualité d'observateurs. Il aura pour mission de proposer un Livre à inscrire dans une offre européenne de code, riche de plusieurs volumes thématiques (13 livres). On notera que le vœu a été formé que les propositions faites soient équilibrées et susceptibles de rencontrer une adhésion. Ainsi, les membres des groupes de travail ont été invités à anticiper des oppositions prévisibles au regard de certaines spécificités nationales et de tirer les enseignements d'éventuels échecs passés (dont celui de la société privée européenne).

Lorsque des avant-projets de textes seront finalisés, des consultations élargies seront menées avant que des contributions participatives ne soient sollicitées sur ces textes « martyrs » et certainement perfectibles.

21. Codification-crédation et pas seulement compilation : vers de nouveaux instruments européens contractuels. Il serait prématuré d'aborder ici la teneur du Code et de ses différents Livres. On formulera cependant deux observations.

Premièrement, la nature et le contenu des travaux différeront inévitablement suivant les matières, et ce compte tenu de l'hétérogénéité de l'acquis communautaire et de la ventilation des compétences entre les États membres et l'Union. Il ne saurait ainsi être question de consolidation rationnelle dans les matières délaissées jusqu'à présent par l'UE (droit des sûretés, contrats d'assurance, etc.) mais seulement d'œuvre créatrice. À l'inverse, les travaux de l'Association ne se limiteront

46. *Vocabulaire Juridique de l'Association Henri Capitant*, sous la dir. G. CORNU, éd. PUF, Quadrige, 13^e éd., 2020, V^o « Affaires, Droit des affaires ».

47. Le contrat de vente n'a pas été pour l'heure intégré aux travaux.

48. V. *supra* n^o 10 et note 19.

49. Notamment, l'inclusion du droit social et du droit fiscal ne manquera pas de susciter des débats passionnés. Elle n'en est pas moins fondamentale à l'avènement d'un marché unique.

pas à une « codification-compilation » même dans les matières dans lesquelles l'acquis est important (droit du marché, propriété industrielle par exemple) : ils tendront à l'innovation. Le travail de codification-compilation est certes utile pour répondre au déficit d'accessibilité mais trop peu ambitieux. Il pourrait être conduit par l'UE elle-même, en un temps réduit, mais il ne permettrait pas l'avènement d'un marché authentiquement européen. C'est pourquoi l'Association se situe dans une perspective de codification porteuse de modifications et innovations, et pas seulement de compilation⁵⁰.

Deuxièmement, et dans cet esprit, les travaux auront notamment pour objectif de proposer des nouveaux instruments contractuels, répondant aux besoins des entreprises de l'Union. Besoin d'une structure adaptée par une Société Européenne Simplifiée⁵¹ ; de financement par un prêt européen susceptible d'être garanti par une euro-hypothèque, euro-gage et euro-cautionnement ; de couverture par une assurance européenne, etc. Au contraire, ils n'auront pas pour objectif d'aborder le droit institutionnel de l'Union applicable au statut des établissements de crédit, des entreprises d'assurances ou d'investissement par exemple : irréaliste, pareille contribution serait largement inutile pour les entreprises.

22. Optionalité ou impérativité du Code, de ses Livres et instruments ? La question de la nature optionnelle ou impérative du Code au regard des droits nationaux et des entreprises européennes est également épineuse. Elle doit être précisée sur un triple plan.

Sur le plan des *États parties au Code* d'abord. Il a déjà été indiqué qu'un code aura vocation, suivant la volonté des législateurs et des États, à lier soit les 27 pays de l'Union européenne, soit un groupe d'au moins 9 pays (coopération renforcée), soit quelques-uns seulement (accords bilatéraux ou trilatéraux). Il n'en reste pas moins que les travaux de l'Association tendent à l'élaboration de règles matérielles uniformes (de « règlements » et non de simples « directives ») susceptibles de rayonner au-delà même de la zone euro.

Sur le plan de *l'articulation du Code avec les droits nationaux des pays l'ayant adopté*, ensuite. Idéalement, un tel Code serait pleinement général, se substituerait totalement aux droits nationaux et serait interprété uniformément par la CJUE⁵². Pratiquement, la réponse différera, là encore, suivant les matières et les Livres élaborés par les groupes de travail. En droit des pratiques anticoncurrentielles et s'agissant d'une compétence exclusive de l'UE, il importera tout particulièrement que le Livre se substitue aux droits nationaux, afin de remédier à l'actuelle superposition. En droits bancaire, des sociétés ou des sûretés au contraire,

50. Comp. le processus autre envisagé par R. CABRILLAC, « Un Code européen des affaires, une chance pour la construction européenne », *D.* 13 juin 2019, n° 21, spéc., n° 17 et 18 et repris par V. GOMEZ-BASSAC dans son rapport précité.

51. Appellation retenue par le groupe de travail de droit des sociétés (V. notre édito BJS, 118q8, juin 2018, p 1), préférentiellement à celle de « SAS européenne ».

52. V. les pénétrantes remarques de R. CABRILLAC, « Un Code européen des affaires, une chance pour la construction européenne », *D.* 13 juin 2019, n° 15, militant pour un Code non optionnel, donc se substituant aux droits nationaux et dont le contenu pourrait faire l'objet d'un renvoi préjudiciel en interprétation devant la CJUE (art. 267 TFUE).

les Livres n'auront pas vocation à supprimer les droits nationaux mais plutôt à les enrichir de nouveaux instruments (SES, euro-hypothèque, prêt européen, etc.) offerts, en sus, au choix des parties. Il conviendra donc, au cas par cas, de penser cette articulation des droits afin de limiter leur superposition : le recours à certains principes directeurs (dérivés des droits nationaux et/ou de l'acquis sans leur être substitués) pourrait alors être une voie médiane et réaliste.

Sur le plan *du pouvoir des volontés individuelles*, enfin. La perméabilité des différents Livres et Chapitres d'un code européen à la liberté contractuelle sera pareillement variable. Les acteurs devront souvent courber l'échine devant l'impérativité du droit de la concurrence ou du droit fiscal. Mais ils auront le loisir de *choisir ou non* tel instrument européen nouveau et donc, le cas échéant, de mettre en concurrence ces nouveaux outils avec ceux prévus par les droits nationaux : la SES ne chassera ainsi ni la SAS, ni la SARL, ni la GmbH, ni la BV mais elle pourra leur faire de l'ombre. Et si tel instrument optionnel a été effectivement choisi par les contractants européens, la question de sa nature *supplémentive* ou *impérative* devra être posée : aussi, les rédacteurs sont-ils invités à identifier les dispositions auxquelles il leur paraît inopportun de déroger, et ce même dans des rapports B to B.

23. Le style est le Code même. « Le style est l'homme même » disait Buffon entrant à l'Académie française. En matière de légistique, il en va de même : un style définit un code et contribue (ou non...) à son audience. Stendhal l'avait compris, lui qui lisait chaque matin deux ou trois pages du Code civil en écrivant *La Chartreuse de Parme*. L'enjeu d'un Code européen sera donc également stylistique. C'est pour tenter d'échapper à une langue européenne trop souvent pensée en anglais avant que d'être traduite – et formidablement bavarde – que des consignes de rédaction ont été élaborées.

Leur ambition première est la clarté et l'intelligibilité. Aussi, la concision et la limitation des renvois sont-elles encouragées. Idéalement, un article ne devrait pas comporter plus de trois paragraphes, et un paragraphe plus de trois phrases. L'attribution d'un bref intitulé à chaque article proposé paraît au contraire de bonne politique, quoique telle ne soit pas la tradition française. Et parce qu'un Code est un plan qui guide son lecteur, le Code sera divisé en : Livre (Thématique), Titre, Chapitre, Section, § et a).

Il restera malgré tout à surmonter l'obstacle majeur d'une harmonisation des styles rédactionnels des différents Livres, en faisant reprendre l'ensemble des textes par un nombre restreint de plumes...

24. Le don de la codification. « À contempler un planisphère, le droit écrit ne semble pas souffrir d'une éviction au bénéfice de la *common law*. Son aire d'influence, loin de se contracter, paraît se maintenir et s'étendre » observait Michel Grimaldi en 2009⁵³, avant de conclure que, « finalement, le droit continental a certainement un bel avenir en cette aube du XXI^e siècle, et le droit français

53. M. GRIMALDI, « Le droit continental face à la mondialisation », *Études à la mémoire de Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 293 et s., spéc. n° 7.

doit concourir à le lui préparer »⁵⁴. Prédiction et invitation ô combien séduisantes de la part d'un homme dont l'œuvre est marquée du don de la codification.

Or, il ne saurait être de plus bel avenir pour le droit continental que de rayonner sur l'Union et, au-delà, vers le monde à la faveur d'un Code européen des affaires susceptible d'être lu, compris voire copié.

L'aventure semblera volontiers impossible. Mais Sénèque ne disait-il pas que « ce n'est pas parce que les choses sont difficiles que nous n'osons pas, mais parce que nous n'osons pas qu'elles sont difficiles » ?

La France et les États ayant en partage le génie de la codification ont la responsabilité d'en faire le précieux don à l'Europe pour l'aider à triompher des secousses qui l'ébranlent.

Dessiner un droit des affaires commun et l'ordonner autour d'un plan cohérent redonnerait du *sens* et une *direction* à l'Union.

54. M. GRIMALDI, « Le droit continental face à la mondialisation », *Études à la mémoire de Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 293 et s., précité, n° 20.