



COMMENT CRÉER UN ESPACE JURIDIQUE EUROPÉEN COMPÉTITIF FACE À LA PUISSANCE ANGLO-SAXONNE ?

Marie-Anne Frison Roche
Professeur à l'Université de Paris-Dauphine

TABLE RONDE N° 2

Cette deuxième table ronde fait naître, dans son principe même, dans son intitulé notamment, quelques interrogations.

Elle a trait à un espace juridique. Mais il n'est pas évident de savoir ce qu'est un espace juridique. On l'a présumé européen, mais l'Europe peut-elle constituer un espace juridique ? Il serait plus adéquat de dire que l'Europe est un acteur pertinent dans une organisation mondiale, mais l'espace dans bien des secteurs qui nous intéressent est avant tout mondial et non plus européen, dans la finance ou les secteurs énergétiques par exemple. Certes, les règles dont cet acteur européen est porteur se font dans un espace européen, mais ce que je veux dire, c'est que cet espace ne peut plus être fermé, ni même vraiment autonome.

Ensuite, la notion d'espace juridique appelle l'idée que ce serait un espace d'abord composé de règles de droit. Je me réfère à ce qui a été dit précédemment sur le fait que le droit serait quand même à la remorque de la puissance économique. Il n'y a donc pas un espace proprement juridique : il y aurait un espace économique avec toute son intendance, par exemple le droit.

Une telle affirmation doit être relativisée : il y a bien un espace autonome composé de règles proprement juridiques. L'autonomie d'un système, son existence même, se reconnaît au fait que, d'une part, il se sépare par rapport à l'extérieur et que, d'autre part, nous avons en son sein des règles qui sont mises en masse, corrélées les unes avec les autres. Certes, elles ne

sont pas nécessairement unifiées, pas forcément institutionnalisées. Ainsi, l'institutionnalisation ne caractérise pas nécessairement un espace juridique ; c'est l'existence de règles propres et mises en cohérence qui en est le signe suffisant.

Mais de ce fait, et revenant à ma première interrogation, quel est l'espace pertinent ? Comme Dominique Schmidt nous l'a bien montré, l'espace pertinent, c'est le monde. Pour nous, Français, l'Europe nous paraissait déjà « grande ». À l'échelle de ce jugement, l'Europe, c'est déjà trop tard en quelque sorte en tant qu'espace (et non encore une fois en tant qu'acteur). C'est certainement l'espace mondial qui est pertinent pour les questions de régulation financière, dans des secteurs extrêmement financiarisés, ou bien dans des secteurs globalisés comme, par exemple, l'énergie ; c'est un peu moins vrai pour les opérateurs des biens et des services qui restent encore attachés au sol et qui ne sont donc pas complètement absorbés dans cette globalisation.

Cet espace est d'ailleurs variable. On peut dire que l'arbitrage constitue un espace juridique à part entière avec ses propres institutions et ses performances indéniables : un espace mondial et secret.

L'internet est lui-même un espace à lui tout seul et la question de sa régulation juridique se pose avec acuité, à la fois pour engendrer de la sécurité pour les opérateurs et de la protection pour ses utilisateurs.

Ce sont des espaces juridiques à conquérir, à conquérir par le droit et non

seulement pour l'économie ou l'innovation. Et pour eux, l'échelle européenne n'a plus de pertinence autosuffisante. Et puis les espaces sont quand même alimentés, et ils sont alimentés par des circuits, par des modèles et des techniques. Quels circuits va utiliser l'influence du système romaniste puisque c'est celui que, d'une façon quasiment implicite, il s'agit de défendre aujourd'hui ?

Par exemple, si le droit américain — car, M. le Sénateur, vous avez parfaitement raison en refusant l'appellation « anglo-saxon », qui engloberait droit américain et droit anglais alors que, d'une part, le droit anglais est européen et que d'autre part, ces deux droits sont substantiellement différents — il faut quand même parler du droit américain en opposition au droit européen — fournit ses manières de penser, par exemple ses règles pour mener les expertises au sein de l'Organisation mondiale du commerce. Cette question ne nous touche pas trop pour le moment, mais l'organisation mondiale du commerce va avoir une influence considérable dans les années qui viennent et nous allons petit à petit être imprégnés des règles procédurales et substantielles de l'O.M.C. Si ce sont les Américains qui ont fait l'O.M.C., alors ils auront réussi, par ce circuit, à influencer sur notre système, européen et national. Mais il n'est pas du tout donné que l'O.M.C. soit américaine de structures, de raisonnement, de procédures et de concepts. L'affaire n'est pas du tout jouée.

Laissant là la question de l'existence même d'un espace européen pertinent et pour passer à une seconde pers-

pective, comment l'élargir ou le sauvegarder, cet espace européen ?

Dès l'instant qu'on réfléchit en termes d'espace — cela fait quand même penser aux vieilles théories classiques de polémologie — comme l'espace est rare, on pourrait dire vital, il faudrait se battre contre les autres pour le sauvegarder et l'étendre, et la lutte serait contre les Anglo-Saxons sous la forme américaine (c'est vous qui avez donné le thème de la table ronde, je ne me sens pas particulièrement Jeanne d'Arc en armes contre les Américains, mais enfin, prenons cette perspective).

Pourquoi faudrait-il penser en ces termes ? Parce que nous sommes dans une concurrence de systèmes, parce que les systèmes juridiques sont eux-mêmes des produits et des produits qu'on achète, qu'on échange, qu'on thésaurise aussi. Nous avons désormais une sorte de patrimoine sur le marché qui serait le droit français.

Pour se battre, il faudrait s'unifier contre les autres. Ce serait vraiment la grande bataille du droit Europe/États-Unis. Il est vrai que ce sont les deux systèmes juridiques suffisamment matures, cohérents, organisés ; ils peuvent donc, d'une façon frontale, essayer non seulement de s'envahir les uns les autres, mais de contrôler ces grandes institutions mondiales, ces régulations mondiales qui sont en train de se mettre en place.

C'est évidemment l'enjeu de l'élargissement politique de l'Europe, puisque tous les pays de l'Est sont en train de reconstituer leur système juridique, avec leur conquête par l'un ou l'autre des systèmes.

Mais faut-il vraiment penser en termes de guerre et d'espace vital ? Nous aurons peut-être affaire à un droit mondial qui sera le résultat d'une sorte de bricolage généralisé où l'on prend de tout partout dans un esprit qui n'est plus l'esprit de système. Un maillage de droit romaniste et de droit anglo-saxon. Le droit communautaire apparaît déjà sur bien des points de la sorte.

Dès lors, pourquoi faudrait-il unifier le système européen en dehors de ces considérations guerrières et fondamentalement économiques ? Vous l'avez parfaitement dit, M. le Sénateur, c'est parce que nous avons l'Angleterre parmi nous et que nous ne pouvons pas désigner comme ennemi le droit anglo-saxon quand nous avons construit l'Europe avec eux. Le droit anglais n'est pas notre ennemi intérieur. Il a une performance tout fait considérable et nous pouvons prendre appui sur toutes les qualités du droit anglais qui est un droit absolument admirable, qui est un droit flexible, qui est un droit réaliste, qui est un droit qui a dégagé les principes les plus forts dans la défense des libertés individuelles, et je ne vois pas pourquoi on désignerait le droit anglais nécessairement comme un ennemi.

Comment va-t-on pouvoir unifier ce système européen ? On peut le faire de l'extérieur et de l'intérieur. De l'extérieur — c'est un peu comme cela qu'on l'a fait dans la France classique — c'est-à-dire par une sorte de souveraineté. C'était auparavant l'État et les parlements nationaux qui avaient la légitimité politique pour dire ce que devait être le droit qui s'appliquait ainsi, tel quel, sur un objet qui était soumis — les entreprises, les opéra-

teurs... Tout cela était fait de l'extérieur par une souveraineté politique.

On a, avec l'Europe, la compétence technocratique. Elle peut être aussi source légitime de pouvoir. Max Weber, par exemple, le concevait ainsi.

On peut avoir une autre méthode — elle est généralement moins belle, moins flatteuse pour ceux qui l'empruntent — qui est l'unification de l'intérieur par une sédimentation de tous les systèmes. Cela revient à dire que la meilleure méthode serait la méthode pagailleuse où tout le monde fait n'importe quoi pour trouver des solutions dans l'instant et pour des cas concrets. Cela se passe d'ailleurs assez bien comme cela dans les faits, je crois. Une des raisons pour lesquelles je suis d'ailleurs assez optimiste, c'est que tout se fait dans la pagaille et dans le bricolage et que, de fait, c'est comme cela qu'on arrive à des choses. L'une des raisons de l'échec du droit des sociétés est peut-être que cette réforme était beaucoup trop belle, beaucoup trop bien pensée, beaucoup trop diffusée, bref, quasiment une œuvre de professeur, et cela l'a beaucoup pénalisée.

Si on fait de l'autre façon, ce que l'on pourrait désigner comme la vilaine façon, c'est-à-dire qu'on met des règles en cas, on voit bien ce qui sort, ce qui survit, ce qui surnage ; c'est une façon de faire à part entière.

Jusqu'à quel point peut-on unifier ? C'est finalement le titre de la table ronde : convergence, harmonisation, coordination, etc. Et cela rejoint votre question sur la fiscalité, c'est-à-dire dans quelle mesure allons-nous pouvoir continuer à supporter des systèmes fiscaux

nationaux ? N'allons-nous pas devoir opter pour un régime européen de fiscalité, etc. ? À supposer même que ce soit faisable, est-ce souhaitable ?

Nous n'avons pas nécessairement besoin d'un droit unique, en tout cas pas dans les matières qui font l'objet d'une globalisation financière. On pourrait simplement prendre l'image des risques de change. Il ne faut pas, quand un opérateur passe d'un pays à un autre, que les règles du jeu, non seulement changent — c'est concevable — mais encore deviennent tout à coup incompatibles les unes avec les autres, de sorte que ce qu'on a exigé à un endroit le pénalise à un autre. Ce qu'il faut à tout le moins, c'est établir des compatibilités entre les différentes règles, ce qui est une forme de la convergence, et l'on serait déjà bien content d'y arriver.

Quelles forces faut-il mobiliser pour obtenir cet espace européen véritablement juridicisé et qui permettrait d'être un bon produit d'appel pour les stratégies économiques désormais soutenues par des États devenus modestes ? Quelles forces faut-il utiliser ? C'est très simple, absolument toutes : un peu de normatif — pas trop, parce que Dominique Schmidt a montré l'échec absolu de la société européenne — éventuellement du conceptuel — on a loué le conceptuel.

Qu'on veuille ou non faire du conceptuel, on en fait de toute façon toujours. Si vous écrivez un Code que vous croyez être la simple compilation des pratiques, il y a, en réalité, des idées à l'œuvre dans les pratiques. Comme vous êtes obligé d'utiliser tel ou tel mot pour retranscrire les pratiques, en réalité vous

traduisez une certaine conception générale, par exemple, du rapport entre la règle juridique et la performance économique ; ou bien vous avez fait advenir une certaine conception de la répression dans le système économique.

Ainsi, bricolage et conceptualisation ne sont en rien incompatibles, ce qui nous ramène au rêve d'un Code civil européen, à l'image de notre Code civil, si pragmatique et si conceptuel. Le Code civil européen va-t-il pouvoir être fait ? Est-ce une bonne idée de le faire ? Comment pourrait-on le faire ?

En tout cas, on a avant tout besoin de bras. Quand on fréquente les instances européennes ou internationales, il y a toujours de nombreux Anglais et Néerlandais. Combien y a-t-il de millions de Néerlandais comparés aux Français ? On a l'impression qu'il y en a beaucoup, puisqu'ils sont toujours là pour vous proposer des amendements dans tous les textes et dans toutes les résolutions.

Et puis, l'objet de ce Code civil peut très bien ne pas être spécialement normatif mais simplement de pouvoir classer. Or, nous avons eu une initiative de ce type. Il existe une sorte de Code des contrats — dont le premier tome est paru — sur les effets des obligations. Il est extraordinaire qu'on ait d'abord travaillé sur les effets des obligations et non pas sur leur formation : cela tient au fait qu'il est tout simplement plus important, dans le monde pratique, de connaître les effets des obligations, les contraintes imposées, les conséquences des inexécutions, etc., que la source des obligations, la pureté des consentements et toutes les grandes théories qui font la

gloire française. Le livre en question est certes une œuvre de professeurs et de technocrates, qui se contentent de mettre en corrélation et en traduction — les langues sont importantes — les différentes solutions des différents systèmes. Ainsi, un opérateur pourra retenir une clause, en étant informé que cette clause sera reconnue pareillement mais sous une autre forme, etc., une sorte de vade-mecum. Mais un vade-mecum, c'est une œuvre considérable.

Notamment, c'est une œuvre considérable en tant qu'elle facilite la connaissance du droit, qu'il la rend intelligible. Je voudrais ici rappeler la très importante décision du Conseil constitutionnel du 16 décembre 1999 qui a donné un fondement constitutionnel à l'œuvre de codification : la codification est légitime en ce qu'elle correspond à un objectif de valeur constitutionnelle, qui est l'accessibilité et l'intelligibilité du droit. Les opérateurs économiques ne demandent pas autre chose que cela.

Il suffirait donc que des bonnes volontés, venant de tous côtés, se rassemblent et donnent quelque chose qui s'apparenterait à un vade-mecum des règles juridiques applicables, et l'espace juridique européen aurait beaucoup progressé.

Enfin, l'espace juridique européen est non seulement un produit mais c'est aussi un marché. Il faut donc absolument qu'il soit attractif.

Revenant sur la question du désir des opérateurs : celui-ci est-il vraiment la simplicité ? Cela ne me paraît pas vraiment évident. Les opérateurs ont besoin de sécurité juridique ; celle-ci peut être servie par une complexité juridique, reflet fidèle de la

complexité économique, dont les opérateurs s'accrochent. Ainsi, la loi votée le 29 février 2000 en matière d'adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies, loi d'une grande qua-

Jean-Bernard Thomas Avocat, Thomas & Associés

On parle beaucoup de convergence et je pense qu'il faut l'accélérer pour permettre une harmonisation.

Je suis néanmoins intimement convaincu qu'il faut aussi jouer la concurrence, car les droits sont des produits juridiques en concurrence. Cette concurrence existe d'abord entre les Anglo-Saxons. On parle d'un droit anglo-saxon, mais il y a un droit américain et un droit anglais, et il est très clair que la lutte est farouche entre les Anglais et les Américains dans la plupart des instances internationales ; elle est finalement beaucoup plus farouche que celle que se livrent les Anglais et les Français, il faut que nous en ayons conscience.

Il existe même une concurrence des droits aux États-Unis. Il y a plus de cinquante États qui ont chacun leur droit, et les professionnels savent bien qu'on va localiser telle société dans tel État, non pas en raison de son activité économique, mais tout simplement parce que le droit y sera plus favorable.

Il existe aussi une concurrence des droits en Europe, c'est la réalité. Et, loin d'en faire une fatalité, il faut s'en servir ; les Français sont probablement beaucoup trop timides dans ce processus.

Je voudrais donner un exemple très concret de concurrence des droits : les pro-

lité, apportera aux opérateurs la sécurité requise. C'est donc une bonne loi.

Revenons sur l'essentiel : la concurrence des droits. Nous allons voir ce qui, dans la

professionnels se plaignaient d'avoir un système de droit des sociétés beaucoup trop rigide, et les usagers du droit — il s'agissait en l'occurrence du C.N.P.F. — se sont dit qu'il fallait trouver une solution qui permettrait de concurrencer efficacement la private society anglaise ou la société hollandaise. C'est ainsi que la commission Field a imaginé une nouvelle forme de société, qui a mis du temps à naître — le Sénat s'est finalement laissé convaincre — la S.A.S.

Pourquoi fallait-il ce type de société ? Précisément pour pouvoir concurrencer efficacement des types de sociétés étrangères qui étaient trop utilisées par les Français lorsqu'ils avaient besoin de créer des joint ventures.

Dans cette concurrence des droits, il faut tout de même observer une certaine prééminence du droit anglais au niveau européen. Et je propose qu'on s'interroge pour savoir ce qui justifie cette prééminence du droit anglais. Est-ce parce que le droit anglais est meilleur ?

Le droit anglais a de multiples avantages, c'est certain, mais comme M^e Cazin d'Honnincthun le disait tout à l'heure, le droit français a des avantages compétitifs indéniables, ce que tous les professionnels reconnaissent. À part le droit français, il y a d'autres droits en Europe qui ont, eux aussi, en fonction des situations, des

pratique, illustre cette concurrence de fait, entre droit américain et droit européen. Nous allons tout d'abord écouter M^e Jean-Bernard Thomas.

avantages tout à fait considérables.

En fait, il n'existe pas de droit meilleur qu'un autre. Il y a des lois, il y a des systèmes qui sont plus adaptés à des situations particulières. En France, nous ne devons pas rougir de notre droit. N'oublions pas que nous avons exporté notre droit pendant des décennies. Nous avons fait le droit de l'Égypte, nous avons fait une partie du droit du Japon. Nous l'exportons peu aujourd'hui, c'est dommage, mais notre droit a souvent et longtemps été reconnu comme un droit qui répondait à de multiples situations.

Si ce n'est pas le droit qui est meilleur, comment expliquer cette prééminence du droit anglais aujourd'hui ?

Une réponse est formulée, c'est la conséquence de la puissance des cabinets anglais. Il est vrai que lorsqu'on observe ce qui est en train de se passer dans la profession d'avocat — plus particulièrement en ce moment — on se dit que les Anglais sont véritablement en train d'emporter la partie. Ils ont sans aucun doute un meilleur sens de l'organisation, ils ont probablement des ego moins surdimensionnés, ils ont une vraie compétence, une vraie pratique du travail en équipe. Mais les Anglais qui sont à Paris sont-ils nécessairement plus compétents que les avocats français ? La réponse est bien