



HAL
open science

Le droit français dans l'Union Européenne : influence et résistance

Daniel Fasquelle

► **To cite this version:**

Daniel Fasquelle. Le droit français dans l'Union Européenne : influence et résistance. Revue juridique de l'Océan Indien, 2005, Le rayonnement du droit français dans le monde, NS-2005, pp.209-238. hal-02549626

HAL Id: hal-02549626

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02549626>

Submitted on 21 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE DROIT FRANÇAIS DANS L'UNION EUROPEENNE : INFLUENCE ET RESISTANCE

Daniel Fasquelle

*Professeur à l'Université du Littoral-côte d'opale
Doyen de la Faculté de droit, Directeur du LARJ*

Introduction

1. « Le droit communautaire, droit de professeurs français ? », en choisissant ce titre, un peu provocateur, le professeur Jean Foyer, dans une communication au colloque de la société pour l'histoire des Facultés de droit en 1991, voulait attirer l'attention sur l'influence de la doctrine et tout spécialement de la doctrine française sur la construction européenne. Puisant dans les écrits de Jean Monnet, il démontrait que Paul Reuter, agrégé de droit public, avait joué un rôle clef non seulement quant à la forme juridique du traité CECA mais aussi quant à l'idée même d'une communauté supra-nationale, première étape d'un rapprochement indispensable entre les peuples européens. Lors de cette même intervention, le professeur Foyer rappelait, à juste titre, le rôle joué par le Doyen Vedel dans l'élaboration du traité Euratom ainsi que celui de Robert Marjolin et de Jacques Donnedieu de Vabres dans la mise au point du traité CEE. On leur doit une construction originale mais également de nombreux emprunts au droit français comme la nomenclature des actes et leur hiérarchie, le système de recours juridictionnels, le fonctionnement de la Cour et l'organisation de la fonction publique européenne.

2. Si, à l'origine, le droit français a donc incontestablement marqué de son empreinte les dispositions « institutionnelles », il a également fortement influencé le droit communautaire « matériel » qu'il s'agisse du contenu du traité ou de la mise en place des premières politiques communes. On en veut pour preuve la politique agricole commune et la politique de concurrence. Pour la PAC, nul n'est besoin d'insister tant le lien avec l'hexagone est fort. Pour le droit de la concurrence, l'influence française est manifeste également.

Bien qu'il soit souvent rapporté que le droit communautaire de la concurrence découle, à l'origine, du droit allemand (aux français l'agriculture, aux allemands l'industrie...) on doit ici rappeler que, chronologiquement, le décret français, premier texte spécial du droit de la concurrence en Europe, date de 1953 et que son influence a été bien plus grande que la loi allemande, contemporaine du traité. On en veut pour preuve son contenu : quelques lignes pour le droit français dont l'articulation est assez proche de celle que l'on retrouve à l'article 85 CEE, devenu l'article 81 CE, contre un texte long de plus d'une centaine d'articles pour le droit allemand.

Dans les années 70, l'influence du droit français n'a pas faibli au moment où se sont mises en place de nouvelles politiques qui n'étaient pas formellement prévues par les traités qu'il s'agisse de la politique de protection des consommateurs pour laquelle notre pays a été précurseur, de la politique fiscale à travers le modèle de la TVA repris par le droit communautaire, ou encore de la politique monétaire (serpent monétaire et SME), amorce de l'Union Economique et Monétaire, inspirée par le président français, Valéry Giscard d'Estaing, qui a également été à l'origine d'une évolution institutionnelle majeure en 1974, à savoir la création du Conseil européen.

3. Le contraste avec la situation actuelle est donc particulièrement saisissant. La France, autrefois moteur et modèle de la construction européenne, est aujourd'hui présentée comme le « mauvais élève de l'Europe » pour reprendre le titre d'une chronique de Denys Simon dans la revue Europe¹. Se rebellant face au pacte de stabilité, montré du doigt et régulièrement condamné pour son retard dans la transposition des directives², peu présent au Parlement européen et d'une manière générale dans les instances de décision, notre pays n'aurait plus comme seule ambition que de faire évoluer le

¹ Europe, Août-Septembre 2004, p. 4.

² Au 31 août 2004, 68 directives n'étaient pas encore transposées en France contre 6 en Lituanie. En raison de ce retard, la France se classait 16^{ème} sur 25 Etats membres.

droit communautaire à la marge pour défendre des intérêts catégoriels comme la baisse de la TVA pour les restaurateurs.

Aux yeux de nombreux commentateurs, le débat récent sur la composition de la nouvelle Commission européenne – notre pays n’ayant obtenu qu’un poste de commissaire présenté comme de second rang - aurait consacré la perte d’influence de la France au profit de petits pays, des intérêts anglo-saxons et d’une approche résolument libérale. Deux rapports de la délégation pour l’Union européenne à l’Assemblée nationale du 12 mai et du 1^{er} juillet 2004 ont d’ailleurs fort justement tiré la sonnette d’alarme¹.

Au total, il n’est plus aujourd’hui question d’« influence » ni même, pour reprendre le titre de ce colloque, de « résistances » mais bien plutôt de recul sur tous les plans, politiques, économiques, juridiques. Or, le droit de l’Union européenne est régulièrement dénoncé comme étant l’instrument de cette remise en cause, toutes les branches du droit français étant peu à peu touchées.

4. Ce constat, s’il contient une part de vérité, est sans doute trop sévère tout comme l’influence de la France a pu parfois être surestimée. D’un excès de confiance en lui pour ne pas dire d’arrogance, notre pays ne doit donc pas céder au doute et au repli sur soi. Tout dépend, en définitive, de savoir quel est le but poursuivi. S’il s’agit de résister à tout apport extérieur et de ne voir d’influence possible que du droit français vers les autres, nous irons, c’est certain, de désillusions en désillusions. Par contre, s’il s’agit d’admettre qu’à travers des influences croisées, au premier rang desquelles le droit français, se construit peu à peu un droit commun européen qui, tout en laissant des espaces de liberté aux Etats, a vocation à permettre la vie ensemble et le rayonnement de l’Europe dans le monde, nous pouvons alors envisager l’avenir avec plus d’enthousiasme et de sérénité.

5. Une telle vision n’est certes pas facile à admettre quand sait le succès qu’a connu le modèle juridique français. Est-il besoin de

¹ A.N., Délégation pour l’Union européenne, Rapport d’information J. Floch, n° 1594, 12 mai 2004 sur « la présence et l’influence de la France dans les institutions européennes »; Rapport d’information C. Philip, n° 1709, 1^{er} juillet 2004 sur la transposition des directives européennes.

rappeler le rayonnement du Code civil mais aussi des autres codes, même si ce fut dans une moindre mesure ? Ainsi, par exemple, dans cette partie du monde, en 1831, puis en 1838, l'île Maurice, alors pourtant sous domination anglaise, a importé successivement le Code d'instruction criminelle puis le Code pénal français¹.

Ceci étant dit, même au 19^{ème} siècle, la frontière juridique française n'a jamais été « un mur de Berlin inversé permettant au droit de quitter la France mais lui interdisant d'y entrer »². Ainsi, par exemple, c'est à l'imitation de la pratique anglaise que le chèque fut introduit en France en 1865³. C'est aussi au 19^{ème} siècle que nombre de droits européens se sont peu à peu éloignés du modèle français.

D'une certaine façon, c'est grâce à la construction européenne et à travers le droit communautaire que le droit français a connu un regain d'influence en Europe à partir des années 50. S'il doit continuer à rayonner par lui-même, le droit français doit donc aussi tirer les leçons des cinquante dernières années pour affronter l'avenir. A l'heure de l'internationalisation des échanges et du droit et alors que le droit de Common Law s'impose chaque jour un peu plus, l'Union européenne, dans laquelle les droits romano-germaniques sont les plus nombreux, n'est-elle pas aussi un instrument d'influence et de résistances, y compris pour le droit français, dans le monde ?

6. On le voit, le sujet est complexe et passionnel. Au premier abord, c'est indéniablement le déclin du droit français dont l'Union européenne est pour partie responsable qui frappe (I). A la réflexion, cependant, l'Union européenne apparaît aussi comme un instrument d'influence et de résistances de notre droit (II).

I - LE DECLIN DU DROIT FRANÇAIS DANS L'UNION EUROPEENNE

7. Le déclin du droit français dans l'Union européenne se manifeste principalement de deux façons. D'une part, le droit français est placé sur la défensive essayant, le plus souvent en vain, de résister

¹ E. Agostini, Droit comparé, coll. Droit fondamental, 1980, t. 2, pp. 475 à 485.

² E. Agostini, La circulation des modèles juridiques, RIDC 1990, p. 461.

³ Loi du 14 juin 1865.

aux bouleversements qui découlent de la construction européenne (A). D'autre part, le déclin du droit français se traduit par une perte d'influence sur le droit de l'Union européenne (B).

A - La vaine résistance du droit français dans l'Union européenne

8. Le droit français doit, tout d'abord, affronter le droit de l'Union européenne dont l'introduction dans notre pays bouleverse en profondeur notre paysage juridique (1°). Le droit français se heurte également aux acteurs économiques qui peuvent être tentés de choisir d'autres droits que le nôtre à l'heure du Marché unique européen (2°).

1°/ La vaine résistance du droit français au droit de l'Union européenne

9. La philosophie propre du droit communautaire, droit d'inspiration néo-libérale, bouleverse en profondeur le droit français qu'il s'agisse de règles spécifiquement dédiées au bon fonctionnement du marché unique européen (a) ou, d'une façon plus générale, des moyens employés par le droit communautaire en ce qu'il est un droit autonome et supérieur (b).

a/ La vaine résistance du droit français à la mise en place du marché unique européen

10. La mise en place du marché unique remet en cause le droit français à trois points de vue au moins.

11. En premier lieu, la nécessité de permettre à tout prix le bon fonctionnement du marché unique fait qu'il pèse désormais, en application du traité et de la jurisprudence communautaire, une suspicion d'interventionnisme abusif sur bon nombre de réglementations des Etats-membres et donc sur notre droit. Quelles que soient, en effet, les libertés en cause, la Cour fait entrer dans le champ du traité non seulement les règles nationales discriminatoires mais également toutes celles qui « entravent » le bon fonctionnement du marché intérieur. Ces dernières ne peuvent perdurer que s'il est démontré qu'elles sont fondées sur des raisons impérieuses d'intérêt général et proportionnées par rapport à l'objectif poursuivi. La France ayant une réglementation économique particulièrement foisonnante se trouve donc souvent sur la sellette. En matière de libre circulation des

marchandises, viennent naturellement à l'esprit les arrêts de la Cour sur le prix du livre et le prix du carburant¹ ainsi que les arrêts plus récents sur la dénomination des produits². Les décisions concernant directement ou indirectement la France en matière de libre circulation des personnes et de libre circulation des capitaux sont également nombreuses³.

12. Devant se justifier de plus en plus souvent au regard du traité, le droit français est également bousculé par le droit dérivé adopté pour faciliter le bon fonctionnement du Marché unique européen. Les directives foisonnent qu'il s'agisse de faciliter la libre circulation des marchandises (directives sur les produits agricoles, les denrées alimentaires, les produits pharmaceutiques et industriels, directives plus horizontales sur les prix, l'étiquetage, les matériaux en contact avec les denrées alimentaires, directives sur les clauses abusives, les ventes à distance...), la libre circulation des personnes et des services (la dizaine de directives sociétés, les directives sectorielles et les trois directives générales sur la reconnaissance des qualifications professionnelles bientôt refondues dans un seul texte, la proposition de directive de la Commission européenne sur les services dans le marché intérieur...), la libre circulation des capitaux (directives en matière de bourse, banque, assurances). Le tout forme un ensemble de règles impressionnant s'imposant notamment au droit

¹ CJCE 10 janvier 1985, Leclerc, 229/83, p. 1 (prix du livre), CJCE 29 janvier 1985, Cullet, 231/83, p. 305 (prix du carburant).

² On pense notamment aux arrêts « foie gras » du 22 octobre 1998, Commission c/ France, aff. C-184/96 et « emmenthal », CJCE 5 décembre 2000, J.-P. Guimont, aff. C-448/98, Rec. I, p. 10663.

³ Pour ne prendre que cet exemple, on citera l'arrêt Klopp qui, en matière de libre circulation des personnes, a contraint la France à admettre l'installation, à titre secondaire, des avocats européens en France et, par effet de contagion, des avocats français en France (Klopp c/ Ordre des avocats du barreau de Paris, 12 juillet 1984, aff. 107-83, Rec. p. 2971). Pour une présentation et une analyse des principaux arrêts de la CJCE et du TPICE en matière de libre circulation des personnes et des capitaux, voir par exemple, J. Boulouis, J-M Chevalier, D. Fasquelle et M. Blanquet, Grands arrêts de la jurisprudence communautaire, Tome 2, Dalloz, 2002, Deuxième partie.

français en ce qu'il intervient traditionnellement plus que les autres dans l'organisation de la vie économique.

13. Enfin, il faut mentionner les avancées du marché voulues par le droit de l'Union européenne au détriment de l'Etat qui font que des pans entiers de notre économie qui échappaient au droit de la concurrence y sont peu à peu soumis, que l'on songe au secteur des télécommunications, de l'énergie, aux transports ou, plus récemment encore, aux professions libérales¹. Les aides d'Etat, quant à elles, sont désormais strictement encadrées quand elles ne sont pas interdites. La France a été condamnée à maintes reprises. Nul n'est besoin ici d'insister.

b/ La vaine résistance du droit français au droit de l'Union européenne, droit autonome et supérieur

14. Ne pouvant se laisser enfermer dans des définitions ou des concepts purement nationaux, le droit communautaire imagine, pour être efficace, de nouvelles catégories juridiques de façon à pouvoir appréhender l'ensemble des situations qu'il vise. La reconstruction du droit financier autour de la notion de marché manifestée par l'abandon de la catégorie des valeurs mobilières au détriment d'« instruments financiers » en est une intéressante illustration². Ce faisant, le droit communautaire nous oblige à repenser les catégories, les concepts et les divisions sur lesquels nos raisonnements prennent appui que l'on songe ici à la distinction entre les règles de fond et les règles de procédure, entre les contrats publics et les contrats privés, entre la

¹ Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales, 9 février 2004, COM (2004) 83 final. Voir spécialement les § 84 et s consacrés à la responsabilité des Etats membres et notamment le § 88 : « Il semble qu'un test de proportionnalité soit approprié pour déterminer dans quelle mesure une réglementation professionnelle anticoncurrentielle sert l'intérêt général. Dans ce but, il serait utile que chaque règle repose sur un objectif clairement défini et s'accompagne d'une explication indiquant pourquoi la mesure de régulation choisie est le mécanisme le moins restrictif permettant de réaliser l'objectif défini ».

² Voir la récente chronique du centre d'études juridiques européennes et comparées sous la direction de I. Omayée et S. Robin-Ollivier, Petites Affiches 23 août 2004, p. 4 et s.

sécurité sociale et l'assistance sociale ou encore entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle¹.

15. Autonome, il est aussi de l'essence du droit communautaire de primer les droits nationaux : toute résistance est donc non seulement inutile mais superflue. Or, la France n'est pas un modèle du genre : le retard dans la transposition des directives nous place en queue de classement des Etats membres², notre pays s'illustre également parfois pour mauvaise transposition de directives³, voire même pour non respect des traités eux-mêmes⁴.

2°/ La vaine résistance du droit français face aux choix des acteurs économiques dans l'Union européenne

16. La construction communautaire a aboli les frontières internes. Elle a également abaissé sensiblement nos frontières externes. Le tout à l'heure du marché unique et de la mondialisation a profondément modifié les comportements des acteurs économiques au détriment, parfois, du droit français, bien en peine de résister. Les manifestations les plus sensibles et évidentes de ce phénomène nouveau sont, bien entendu, le « law shopping » et le « forum shopping » : les entreprises comparent les droits nationaux et choisissent celui qui, au plan juridique, fiscal, social et procédural va le mieux leur convenir. Le droit français ne peut ignorer cette concurrence entre les droits sans risquer de décourager les investisseurs et de provoquer le départ d'entreprises déjà présentes sur le territoire. Le droit français est donc ici contraint d'évoluer sous la

¹ Idem.

² Voir, A.N., Délégation pour l'Union européenne, Rapport d'information, C. Philip, n° 1709, 1^{er} juillet 2004 sur la transposition des directives européennes.

³ On pense, par exemple, à l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européenne qui a condamné la France pour transposition imparfaite de la directive du 25 juillet 1985 au motif que ce texte poursuit un but d'harmonisation complète (CJCE, 25 avril 2002, Commission des communautés européenne contre République française, Aff. C-52/00). Sur cet arrêt, Cf. les commentaires de M. Luby, R.T.D. com., juillet/septembre 2002, p. 585 et de L. Idot in Europe, juin 2002, p. 16.

⁴ L'arrêt de la CJCE du 5 octobre 2004 qui remet en cause l'interdiction française de la rémunération des comptes à vue en est la dernière illustration.

pression des milieux économiques sans intervention directe aucune du droit de l'Union européenne.

17. D'autres phénomènes, que l'on ne peut développer ici, relèvent de la même logique, qu'il s'agisse de l'importation en France de modèles étrangers (par exemple, l'importation des contrats en « ing » : leasing, factoring, engineering, sponsoring...) ou de la tendance qu'ont maintenant les acteurs économiques à rédiger, sous l'influence des juristes de Common Law, des contrats dans lesquels sont déterminés à l'avance tous les risques possibles ce qui évite de faire appel, en plus, à un droit des Etats membres. On peut également mentionner le développement des règles d'autocontrôle, codes de bonne conduite, arbitrage..., secrétées spontanément par les entreprises mais aussi parfois suscitées par la Commission européenne qui, en complément des directives qu'elle propose, renvoie aux réglementations édictées par les professionnels plutôt qu'aux droits nationaux¹.

18. Au terme de ces premiers développements, on peut donc constater que le droit français est pris dans un tourbillon auquel, en apparence, il ne peut résister. Certaines tentatives d'appropriation du droit communautaire, comme la circulaire du 17 mars 2003 relative à l'entrée en vigueur du Règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, ne saurait faire illusion². L'observateur attentif notera également que, dans certains cas, il n'est même plus question de résistance mais bien plutôt de capitulation. Il arrive, en effet, que le droit français reproduise de façon délibérée et sans aucune contrainte des solutions empruntées au droit communautaire. Le droit de la concurrence fourmille d'exemples de ce genre, l'un des plus connus étant celui de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui a réécrit les dispositions du droit français sur les ententes et les abus de

¹ On en a deux exemples récents avec la proposition de directive sur la reconnaissance des qualifications professionnelles qui propose aux professionnels la création de « plateformes communes » pour faciliter l'application du texte ainsi qu'avec la proposition de directive services dans laquelle la Commission suggère que les professions élaborent entre elles des « codes de conduite ».

² Le règlement s'applique, en effet, quoiqu'il arrive.

position dominante en reprenant presque mot pour mot les articles 81 et 82. Plus récemment, la loi NRE a réformé le droit français des concentrations avec, pour modèle, le règlement communautaire de 1989 tel que modifiées en 1997¹.

B - La perte d'influence du droit français dans l'Union européenne

19. Si l'influence du droit français a été forte au moment de ce que le député Floch appelle dans son rapport parlementaire de mai dernier l'« âge d'or » de la présence française dans l'Union européenne², force est de reconnaître qu'il n'en va plus tout à fait de même aujourd'hui. La perte d'influence française est sensible tant au regard des sources du droit de l'Union européenne (1°) qu'en ce qui concerne le contenu du droit de l'Union européenne (2°).

1°/ La perte d'influence du droit français au regard des sources du droit de l'Union européenne

20. La perte d'influence peut se mesurer à la fois quant à la jurisprudence (a) et quant au droit écrit (b).

a/ La perte d'influence du droit français sur la jurisprudence communautaire

21. Le juriste français ne peut qu'être frappé, tout d'abord, de la place que le juge communautaire a acquise dans l'élaboration du droit de l'Union européenne. S'appuyant sur sa mission d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité »³, institution à part entière ayant rapidement trouvé ses marques, juge permanent d'un système juridique incomplet, la Cour de justice exerce un véritable pouvoir créateur de droit à travers sa jurisprudence.

¹ Voir les articles L 430-1 à L 430-10 dont certaines dispositions sont identiques sinon semblables à celles du règlement n° 4064/89. Pour prendre un autre exemple, le règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité a d'ores et déjà entraîné certaines évolutions jurisprudentielles en France. Voir Civ. 1, 19 novembre 2002, D. 2003, Jur., p. 797, note G. Khairallah.

² J. Floch « La présence et l'influence de la France dans les institutions européennes », Rapport à l'Assemblée nationale n° 1594, 12 mai 2004.

³ Art. 220 CE, ex-164.

L'effectivité et l'unité du système communautaire, la réalisation même du marché unique lui doivent beaucoup. Or, ce rôle peut sembler disproportionné par rapport à la tradition juridique française où le juge est censé être la « bouche de la loi » même si sur ce point notre droit a beaucoup évolué.

22. La Cour de justice a également affirmé sa spécificité par rapport au droit français de bien d'autres façons. On se contentera de citer, faute de temps, les références de la Cour à sa propre jurisprudence comme à des précédents établis, la mise en scène des revirements de jurisprudence¹ et la longueur des arrêts loin de la concision française. Sur ce dernier point, le TPICE a très largement fait sien les habitudes de la Cour, le célèbre arrêt Ciment du 15 mars 2000, le plus long jamais rendu par une juridiction communautaire, faisant plus de 1000 pages ! De même, les méthodes de raisonnement qui font prévaloir l'esprit et la finalité des textes sur leur lettre montrent un éloignement par rapport au droit français qui a trouvé un exemple éclatant avec l'adoption de la règle de raison (la « rule of reason ») en 1977 dans l'arrêt Métro I pour la mise en œuvre de l'article 81.1, une démarche qui s'inspire directement du droit de Common Law².

b/ La perte d'influence du droit français sur le droit écrit de l'Union européenne

23. A l'origine, le droit de l'Union européenne a été fortement influencé par la tradition juridique française dans la mesure où le droit communautaire est un droit écrit qui connaît un mécanisme centralisé d'édition de la norme par des institutions permanentes et que, dès le départ, il est un droit hiérarchisé ce qui ne s'est pas démenti par la suite³. Cependant, plus le cercle des Etats membres s'est élargi, plus la technique de rédaction des textes de droit dérivé s'est éloignée des

¹ L'arrêt Keck et Mithouard du 24 novembre 1993 est un modèle du genre, voir D. Fasquelle et M. Blanquet, Grands arrêts de la jurisprudence communautaire, tome 2, Dalloz 2002, p. 26 et s.

² D. Fasquelle, Droit américain et droit communautaire des ententes. Etude de la règle de raison. GLN-July 1993.

³ J. Dutheil de la Rochère, RFDAdmn 2001, spéc. p. 910.

canons classiques du droit français de clarté, de concision, d'ordre logique des articles, d'utilisation cohérente des mots et des formules¹.

24. Cette évolution est la conséquence de nouvelles influences, en particulier anglo-saxonnes. Ainsi, par exemple, on a vu apparaître à la fin des années 80 dans les directives et les règlements, la technique des définitions placées en tête du texte, usuelle au Royaume-Uni, utile dans l'Union européenne, mais qui peut dérouter les juristes français. La directive 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique est particulièrement significative d'une évolution qui nous est peu familière : un titre long, « directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique » ; un préambule de 65 paragraphes ; l'emploi de formules telles que « les Etats membres veillent à... », ou « l'adoption de mesures raisonnablement praticables ». Le tout n'a pas facilité la transposition du texte dans les Etats membres, en particulier en France².

25. Au-delà de la forme, on note également une évolution quant à la nature des textes eux-mêmes. C'est ainsi que la Commission affirme désormais sa doctrine à travers des « lignes directrices » et qu'elle multiplie les « Guides de bonnes pratiques »³. L'influence du

¹ Idem. p. 915.

² La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 a procédé à la transposition en droit français de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information. Sur cette loi et sa transposition, cf. N. Mathey, « Le commerce électronique dans la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique », *Contrats, conc., consom.*, octobre 2004, p. 7 ; L. Grynbaum, « Après la loi « économie numérique », pour un Code européen des obligations... raisonné », *D.* 2004, chronique, p. 2213 ; C. Rojinsky et G. Teissonniere, « L'encadrement du commerce électronique par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique », *J.C.P. (G)*, n° 36 du 1^{er} septembre 2004, *Actualité*, p. 1457.

³ Pour un exemple récent : Guide de bonnes pratiques relatif aux engagements de cession dans les affaires de concentration, IP/03/614, 2 mai 2003. Pour un autre exemple, voir le « Best Project on Restructuring, Bankruptcy and a Fresh Start. Final Report of the Expert Group » de septembre 2003 que l'on peut trouver à l'adresse suivante :

droit anglo-saxon sur ce que l'on désigne sous la formule évocatrice de « soft law » est de nouveau évidente au détriment du droit français en recul. Dépassant les traditionnelles études préparatoires de droit comparé, la Commission européenne a ainsi proposé en décembre 2000 au Conseil européen de Lisbonne une approche nouvelle en droit européen des affaires, la procédure « BEST »¹, dite d'« évaluation comparative des performances ». Concrètement, il s'agit « d'encadrer et de soutenir les efforts des Etats membres visant à identifier et à échanger les meilleures pratiques dans un nombre limité de domaines spécifiques particulièrement importants pour les entreprises »². Elle a d'ores et déjà été mise en place pour plus d'une dizaine de sujets³.

2°/ La perte d'influence du droit français sur le contenu même du droit de l'Union européenne

26. Si l'influence de la doctrine française et, à travers elle, du droit français a été évidente sur les textes fondateurs, force est de reconnaître que cette influence s'est estompée de traité en traité. Pour le droit dérivé, le tableau est plus sombre encore. Des domaines entiers échappent désormais en totalité ou presque à l'influence du

(http://europa.eu.int/comm/enterprise/entrepreneurship/support_mesures/failure_ban_kruptcy/index.htm).

¹ Voir, à ce sujet, le document de travail de la Commission européenne présentant le programme « BEST » et l'état d'avancement des projets de la Commission y compris ceux en matière de procédures collectives : document SEC (2002) 1212 du 7 novembre 2002.

² SEC (2002) 1212, 7 novembre 2002. La direction B, « entreprenariat et PME » de la DG « entreprises », la présente ainsi : « celle-ci implique une analyse préparatoire visant à définir les domaines d'intérêt, suivie de travaux menés en collaboration avec des experts des Etats membres, des professionnels et des chercheurs privés, qui aident la Commission à identifier les meilleures pratiques, les indicateurs de performance et les points de repère pour les domaines définis. Ces travaux ont pour but de fournir aux Etats membres des orientations sur la façon de renforcer leurs stratégies nationales de promotion de l'esprit d'entreprise et l'amélioration de l'environnement opérationnel des PME, en s'inspirant des meilleures performances européennes ».

³ Education et formation à l'esprit d'entreprise, Business angels, transmission d'entreprises... Pour une présentation complète, voir le document SEC (2002) 1212 du 7 novembre 2002.

droit français comme le droit financier ou le droit des nouvelles technologies. Dans certaines matières, la France pourrait exercer une influence déterminante en raison de sa longue expérience mais ne sait pas toujours saisir sa chance. C'est particulièrement vrai en ce qui concerne les marchés publics, domaine dans lequel, en définitive, c'est le droit français qui subit désormais l'influence communautaire¹. Dans d'autres domaines, le droit français, après avoir joué un rôle déterminant et précurseur, est désormais au second plan. Il en va ainsi notamment du droit de la consommation pour lequel la France a longtemps exercé une influence déterminante mais non exclusive alors qu'aujourd'hui, elle est, pour des questions aussi importantes que la publicité comparative ou le droit du commerce électronique à la remorque de l'Union européenne².

II - L'UNION EUROPEENNE, INSTRUMENT D'INFLUENCE ET DE RESISTANCES DU DROIT FRANÇAIS

27. Force est de reconnaître, qu'après un sursaut, une nouvelle phase de déclin semble entamée. Celle-ci est-elle inéluctable d'autant plus que les élargissements successifs diluent chaque fois un peu plus l'influence de chacun des droits nationaux ? Ce n'est pas certain. Tout d'abord, il faut constater, qu'à la différence de certains élargissements, en particulier au nord de l'Europe, les nouveaux Etats membres ou ceux qui s'appêtent à nous rejoindre ont pour plusieurs d'entre eux étaient profondément marqués par l'influence française³. Ensuite, il faut aussi voir dans l'Union européenne un instrument d'influence et de résistances de notre droit et de notre système juridique en Europe (A) et, plus encore, dans le monde (B).

¹ J. Dutheil de la Rochère, op. cit, spéc. p. 916.

² C'est sous l'impulsion du droit européen que le droit français a finalement évolué d'une manière décisive en matière de publicité comparative.

³ Ainsi, par exemple, la Pologne fut, en temps, soumise au Code napoléon. Celui-ci a survécu, sous des formes diverses, pendant de nombreuses années après la défaite de Napoléon Ier. Il a profondément marqué le droit civil polonais. De même, la Roumanie est un pays très proche de la France au plan du droit.

A - L'Union européenne, instrument d'influence et de résistances du droit français en Europe

28. Le droit français a eu un rayonnement considérable, pendant une longue période, dans tout l'Europe. Cette influence a connu son point d'orgue au début du 19^{ème} siècle, à l'époque du Code civil et des conquêtes napoléoniennes. Imposé par la force des armes, le droit français a continué à marquer les esprits au-delà des défaites militaires par la puissance des idées qu'il portait et qui étaient d'autant plus aisément acceptées qu'elles se déposaient sur un terrain fertile sensible au droit romain et aux idées révolutionnaires. Mais, même si l'influence du droit français s'est maintenue bien au-delà de l'Empire, il faut bien reconnaître que celle-ci n'a cessé ensuite de décliner jusque et y compris dans un pays aussi proche de nous que la Belgique¹. Au regard de cette évolution de fond, la création de l'Union européenne a, d'une certaine façon, ravivé l'influence française, une influence passant cette fois-ci par le canal du droit communautaire. Cette empreinte du droit français sur le droit de l'Union européenne et donc, à travers lui, sur d'autres pays en Europe, reste forte (1°). Il est essentiel de se donner les moyens de la préserver, voire même de la renforcer (2°).

1°/ L'empreinte persistante du droit français sur le droit de l'Union européenne

29. Cette influence se manifeste tant au plan formel (a) qu'au fond (b).

a/ Au plan formel

30. Si l'on a pu constater que le droit écrit était désormais influencé, sur la forme, par d'autres droits, l'impact du droit français ne doit pas pour autant être sous-estimé. En premier lieu, parce que le droit écrit prend, en raison de l'évolution institutionnelle, une place de plus en plus grande en droit communautaire. En second lieu, parce que le droit écrit a récemment évolué d'une façon qui le fait se rapprocher du droit français, à tout le moins d'une approche plus romano-

¹ Voir Cl. Witz, La circulation du modèle juridique français, Rapport introductif, Travaux de l'association H. Capitant, Tome XLIV, 1993.

germanique que de Common Law. Pour illustrer cette idée, on signalera l'accord inter-institutionnel du 22 décembre 1998 aux termes duquel la Commission, le Conseil et le Parlement ont convenu de principes communs de rédaction visant à une meilleure qualité de la législation communautaire. L'accord insiste notamment sur la nécessité d'éviter des préambules trop longs, de choisir des titres brefs, d'éviter les digressions politiques et de préférer la simplicité des formules pour la détermination exacte des droits et des obligations¹.

31. Au-delà des textes écrits, et même s'ils peuvent parfois désorienter les juristes français, il faut bien reconnaître que les arrêts de la Cour ne sont pas non pas plus réellement familiers aux juristes anglo-saxons contrairement à une idée souvent répandue. En particulier, l'Union européenne ignore la règle du précédent, la distinction dans ses arrêts entre la « *ratio decidendi* » et les « *obiter dicta* » ou encore les « *dissenting opinions* ».

b/ Au fond

32. Même s'il n'est plus aussi influent qu'il a pu l'être, le droit français reste, au fond, une source importante d'inspiration pour le droit communautaire en même temps que la France continue de jouer un rôle décisif dans l'évolution de la construction communautaire. Le fait que la Convention sur l'avenir de l'Union européenne ait été présidée par un ancien président de la République française ne doit pas être sous-estimé. De même, on doit souligner les nombreuses dispositions inspirées par les représentants français au sein de la Convention² ainsi que lors de la Conférence intergouvernementale¹

¹ Le rapprochement avec le droit français est particulièrement flagrant concernant ce dernier point, le droit anglais considérant, quant à lui, que la simplicité ne doit jamais être recherchée au détriment de la certitude (J. Dutheil de la Rochère, op. cit, spéc. p. 916).

² Dans le cadre de la Convention, les représentants français, seuls ou conjointement avec d'autres membres de la Convention, ont soumis de nombreuses contributions qui ont significativement marqué et inspiré le cours des débats sur les thèmes suivants : les parlements nationaux (mai 2002), l'Europe sociale (octobre 2002), Justice et Affaires intérieures (novembre 2002, avec l'Allemagne), la Politique étrangère et de sécurité commune (novembre 2002, avec l'Allemagne), la gouvernance économique (décembre 2002, avec l'Allemagne), la place de la culture

ayant conduit au projet de traité instituant une Constitution pour l'Europe approuvé par les chefs d'Etat et de gouvernement le 18 juin dernier.

33. Pour le droit dérivé, et pour prendre l'exemple du droit européen des procédures collectives, le règlement du Conseil CE 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité adopté le 29 mai 2000² emprunte largement aux droits nationaux, en particulier au droit français, à un tel point, d'ailleurs, qu'au regard du droit international privé français, les seules divergences avec le règlement portent sur la compétence territoriale, la coordination des procédures parallèles et la notion d'unité du patrimoine³. La directive 80/987/CEE du 20 octobre 1980 sur la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur s'est quant à elle, largement inspirée du modèle mis en

(décembre 2002), l'architecture institutionnelle (janvier 2003, avec l'Allemagne), les services d'intérêt général (janvier 2003, avec la Belgique), la coopération policière (mars 2003, avec l'Espagne), les dispositions financières (avril 2003), le sport (en janvier 2003, avec plusieurs autres conventionnels), le rôle de la Commission (avril 2003, avec les Pays-Bas).

¹ La France a ainsi obtenu plusieurs améliorations sur des points importants: en matière de santé publique; pour la prise en compte des objectifs sociaux dans l'ensemble des politiques de l'Union; sur le rôle des partenaires sociaux et l'inscription dans la Constitution européenne du sommet social tripartite pour la croissance et l'emploi; sur le renforcement de la capacité de décision pour les États membres de la zone euro ; sur le rééquilibrage des pouvoirs respectifs du Parlement européen et du Conseil dans l'approbation du budget...

² JOCE L 160 du 30 juin 2000. Pour des premiers commentaires, voir Y. Chaput, L'entrée en vigueur d'un droit communautaire de la faillite, *Droit des sociétés*, novembre 2000, p. 4 ; L. Idot, Un nouveau droit communautaire des procédures collectives, *JCP E*, 19 octobre 2000, p. 1648; J.L. Vallens, Présentation du règlement communautaire relatif aux procédures collectives, *Revue Lamy droit des affaires*, septembre 2000, n° 3. Pour une présentation d'ensemble du droit européen de la faillite, on renverra aux manuels ainsi qu'aux rubriques des encyclopédies juridiques, en particulier à celle écrite par Michel Menjucq pour le *juridictionnaire Joly communautaire*, V° Faillite.

³ De nombreux auteurs font le même constat. Voir, par exemple, J.L. Vallens, *Le droit européen de la faillite : la convention relative aux procédures d'insolvabilité*, ALD 1995, p. 217, spéc. p. 238 et 239 et *Présentation du règlement communautaire relatif aux procédures d'insolvabilité*, *Revue Lamy droit des affaires*, septembre 2000, p. 3.

place en France en 1973 tant est si bien que ce texte a eu peu d'incidence sur notre législation quand il est entré en vigueur. Les modifications récemment introduites par la directive 2002/74/CE du 23 septembre 2002 à la directive 80/987/CEE n'auront également que peu de conséquences sur le fonctionnement de l'AGS en France qui reste un modèle pour la Commission européenne¹. Dans d'autres branches du droit, la France continue à inspirer le droit communautaire même si ce n'est d'une manière aussi évidente que dans les années 60 et 70. C'est flagrant, par exemple, en matière de protection de l'environnement² ou encore en matière de protection des consommateurs³.

¹ Directive 2002/74/CE du PE et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 80/987/CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (JOCE L 270/10 du 8/10/2002). Voir S. Dion-Loye, Impact en droit français de la directive du 23 septembre 2002 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, Petites Affiches, numéro spécial « Actualité du droit européen des procédures collectives », 12 décembre 2003, p. 42 et s.

² En matière de gestion de l'eau, par exemple, la France a inspiré et continue d'inspirer le droit communautaire. Pour s'en convaincre, voir, par exemple, dans le rapport de l'Assemblée nationale 1170 du 3 novembre 2003 sur « la gestion de l'eau sur le territoire », les développements, p. 12 et s., sur « L'influence du droit français sur les principes communautaires : le financement de la politique de l'eau ».

³ La directive relative à la protection des consommateurs dans le domaine des services financiers à distance du 23 septembre 2002 prévoit une obligation d'information renforcée mise à la charge des professionnels. On retrouve une telle obligation dans les dispositions du Code de la consommation relatives au crédit à la consommation. Pour prendre un autre exemple, la directive 2001/95/CE du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits impose une obligation générale de sécurité des produits et des services similaire à celle de l'article L. 221-1 du Code de la consommation ainsi qu'à celle qui est apparue en France, au début du XX^{ème} siècle, créée par le jurisprudence relative aux contrats de transports (Cass. Civ., 21 novembre 1911 ; D. 1913. 1. 249, note Sarrut ; S. 1912. 1. 73, note Lyon-Caen).

2°/ L'influence du droit français sur le droit de l'Union : une influence à conforter et à renforcer

34. L'influence du droit français, si elle persiste, n'en est pas moins, surtout au fond, de moins en moins forte. Aussi est-il temps de réagir. Pour ce faire, encore faut-il que notre droit puisse servir d'exemple (a) et que les juristes français soient plus ambitieux et plus ouverts (b).

a/ Pour servir d'exemple, le droit français doit être exemplaire

35. Cette exemplarité suppose, tout d'abord, que nous nous attachions à accepter l'existence du droit communautaire et la possibilité d'autres influences que la nôtre. Les retards, puis les maladroites, dans la transposition d'une directive aussi importante que celle sur la responsabilité du fait des produits défectueux ne donnent pas une bonne image¹. Pour prendre un autre exemple, que l'on n'ait toujours pas mis le droit français des sociétés en conformité avec l'article 11 de la directive de 1968 sur les nullités des sociétés et ce malgré l'arrêt *Marleasing* est, à bien des égards, regrettable².

36. Acceptant le principe d'un droit commun européen, notre droit pourra d'autant plus facilement influencer celui-ci qu'il sera structuré, facile d'accès et qu'il saura faire la synthèse d'influences diverses. C'est, après tout, ce qui fit le succès du Code civil. A l'heure de l'eupéanisation et de la mondialisation du droit, la France peut et doit même imaginer des règles juridiques nouvelles et acclimater des règles juridiques étrangères en Europe. Le génie français a ici un terrain sur lequel il peut pleinement s'exprimer comme l'exemple de ce qui s'est récemment passé à propos du « Corporate governance » le

¹ CJCE, 25 avril 2002, Commission des communautés européennes contre République française, Aff. C-52/00.

² L'article L 235-1 du Code de commerce renvoie, pour la nullité des sociétés, « aux lois qui régissent la nullité des contrats ». Cela signifie qu'une société peut théoriquement être annulée, en droit français, pour absence de cause ou cause illicite. Or, la CJCE, se basant sur la liste limitative des cas de nullité contenue dans l'article 11 de la directive 68/151, a clairement affirmé qu'une telle hypothèse ne pouvait être retenue dans son arrêt «*Marleasing* » du 13 novembre 1990 (aff. C-106/89, Rec. I-4156).

montre. Notre pays a, en effet, choisi d'acclimater les règles du « Corporate governance » sans attendre que l'Union européenne s'empare de la question. Se sont ainsi dessinés les contours d'un modèle français qui inspire aujourd'hui la Commission européenne. La Recommandation de la Commission européenne sur les administrateurs indépendants adoptée le 6 octobre 2004 illustre particulièrement bien cette idée, la vision française du « Stake holder » ayant été préférée à la vision américaine du « Share holder »¹.

b/ Les juristes français doivent être plus ouverts et plus ambitieux

37. Le droit français ne sera influent en Europe que s'il n'ignore pas l'Europe. C'est une banalité que de le dire, mais nous devons être plus présents dans les instances européennes et agir plus en amont. Ainsi, par exemple, c'est parce que la France s'est mobilisée au sein du Conseil qu'elle a pu récemment obtenir que soit sensiblement amendée la proposition de directive sur la reconnaissance des qualifications professionnelles². Les magistrats ont aussi un rôle à jouer. Guy Canivet, Premier président de la Cour de cassation, a montré l'exemple³. Il en va de même pour la doctrine. Si l'influence des professeurs de droit, français en particulier, a traditionnellement été forte sur les traités, celle-ci est trop peu sensible sur le droit dérivé

¹ IP/04/1182.

² Le Conseil "Compétitivité" est parvenu, le 18 mai 2004, à un accord politique sur la directive qui étend le principe de reconnaissance mutuelle à l'ensemble des qualifications professionnelles. Synthétisant les 15 directives ou règlements actuels, ce texte devrait en principe faciliter la prestation de services entre les Etats membres. Les divergences portaient sur la principale innovation: la prestation de services temporaire ou transfrontalière. La Commission souhaitait que les professionnels puissent offrir "temporairement" leurs services, sans formalité. En première lecture, le Parlement avait introduit des restrictions pour les professions présentant un risque pour la santé ou la sécurité. En adoptant, contre les voix de l'Allemagne et de la Grèce, un compromis proposé par la France, le Conseil a introduit un système de déclaration préalable pour l'ensemble des professions couvertes.

³ Sur ce sujet, voir les actes de la Journée d'étude organisée par la Faculté de droit de l'Université de Metz le 10 février 2003, « Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? », Bruylant, 2004.

qui ne cesse pourtant d'enfler¹. Nous en sommes en partie fautifs. Plus ouverts au droit de l'Union européenne et au droit comparé, nous devons être plus actifs. Alors, par exemple, que nous avons un droit civil parmi les plus élaborés en Europe, qui a connu un rayonnement remarquable mais nous laissons à d'autres l'initiative de réfléchir à la construction d'un droit privé européen. On en a eu une nouvelle illustration quand, en juillet 2001, la Commission européenne a demandé l'avis de la communauté juridique sur l'opportunité d'une codification du droit européen des contrats. Les réponses françaises furent peu nombreuses², pour la plupart réservées³ quand elles ne furent pas franchement hostiles, un auteur ayant évoqué à propos des projets de la Commission une « atteinte aux exigences de la justice, de la sécurité juridique et, *a fortiori*, de la démocratie », rien de moins⁴ ! Ceci étant dit, la Commission a entendu les messages de ceux qui la pressaient de ne pas aller trop vite en besogne. Le plan d'action proposé en mars 2003⁵ est modeste mais il ne faut pas en négliger la portée à moyen terme. Pour sa mise en œuvre, Dirk Staudenmayer, Assistant du Directeur général de la DG protection des consommateurs, présentant le Plan d'action dans les colonnes d'une revue juridique française en a profité pour lancer un appel dans les

¹ A l'exception notable de notre collègue Jean-Paul Jacqué, Directeur au service juridique du Conseil de l'union européenne et d'autres professeurs qui, dans leur spécialité, sont régulièrement consultés par la Commission européenne. Ceci étant dit, le droit de l'Union souffre, en réalité et d'une façon générale, de l'absence d'une véritable doctrine européenne.

² A la date du 31 janvier 2002, on relevait 7 réponses pour la France contre 39 pour l'Allemagne, 26 pour le Royaume-Uni et 12 pour l'Espagne.

³ Le code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte. Colloque de Leuven, Ph. Malaurie, JCP G, 6 février 2002. Voir également, Réponse-hors délai- à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats, Ph. Malinvaud, Dalloz 2002, p. 2542.

⁴ A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats, V. Heuzé, JCP G, 17 juillet 2002. Voir également, Réponse-hors délai- à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats, Ph. Malinvaud, Dalloz 2002, p. 2542.

⁵ Communication de la Commission, Un droit européen des contrats plus cohérent, Un plan d'action, JOUE C 63/1 du 15.3.2003.

termes suivants : « L'on ne peut qu'espérer que le Plan d'action suscitera beaucoup de contributions françaises afin de profiter de la riche tradition juridique française »¹. Ce message a été pour partie entendu².

3°/ Une plus grande place pour les droits nationaux dans l'Union européenne ?

38. Deux idées viennent à l'esprit : alors que la résistance s'organise (a), de nouveaux modes d'intervention du droit communautaire qui laissent une plus grande place aux droits des Etats membres et donc au droit français (b).

a/ La résistance s'organise

39. Pour la Cour de justice, un Etat membre ne peut se soustraire à ses obligations d'application ou de transposition du droit communautaire, pas même en invoquant une règle constitutionnelle³. On sait que le Conseil d'Etat n'a jamais admis un tel point de vue. Nous avons tous encore à l'esprit la formule de l'arrêt Sarran et Levacher⁴ selon laquelle « la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ». On connaît aussi les réserves de la Cour

¹ D. Staudenmayer, JCP G, 23 avril 2003, p. 709.

² Voir notamment, Plan d'action sur le droit européen des contrats : une réponse au plan d'action, P. Remy-Corlay, PA 4 septembre 2003, n° 177, p. 3 ; Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats, ouvrage collectif sous la direction de D. Fenouillet et P. Rémy-Corday, Université Paris XI, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires 2003 ; Regards croisés sur les principes du droit européen des contrats et sur le droit français, sous la direction de C. Priéto, P.U.A.M., 2003. La société de législation comparée a réuni dans un ouvrage paru en 2004, un certain nombre d'articles qui traitent soit de l'harmonisation du droit en général, soit de l'harmonisation du droit des contrats sous le titre « Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit ».

³ CJCE 9 mars 1978, Simmenthal, aff. 106/77, Rec. P. 64. Pour une application récente : CJCE 11 janvier 2000, Kreil, aff. C-285/98, Rec. P. I-95 ; D. 2000, Somm. P. 192, obs. Rideau.

⁴ CE Ass. 30 oct. 1998, D. 2000, Jur. P. 152, note E. Aubin ; AJDA 1998, p. 962, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; RFDA 1999, p. 67, obs. Mathieu et M. Verpeaux.

de cassation exprimée dans l'arrêt Fraisse en 2000¹ alors, pourtant, que celle-ci s'est toujours montrée accueillante au regard du droit communautaire². Or, ce mouvement de réticence pour ne pas dire de résistance à l'égard de la primauté absolue du droit communautaire vient de recevoir le renfort du Conseil constitutionnel qui a affirmé dans deux décisions du 10 juin et du 1^{er} juillet dernier³ que la transposition en droit interne d'une directive communautaire pouvait se heurter à une disposition expresse et spécifique de la Constitution française.

La résistance s'organise donc. Elle a connu d'autres succès, comme par exemple, la définition de seuils au dessous desquels le droit communautaire n'est pas compétent en matière de contrôle des concentrations ou la jurisprudence Keck et Mithouard qui marque, d'une certaine façon, un recul du droit communautaire au profit des droits nationaux dans une affaire où le droit français était en cause⁴. La volonté de clarifier la répartition des compétences dans le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe et les nouveaux modes d'intervention du droit communautaire montrent aussi que le message est entendu par l'Union européenne.

b/ De nouveaux modes d'intervention du droit communautaire qui laissent une plus grande place aux droits des Etats membres et donc au droit français

40. S'il existe toujours des instruments juridiquement contraignants, il est frappant, tout d'abord, de constater qu'au transfert de compétence et à l'harmonisation, le droit de l'Union européenne préfère désormais la coordination, mode d'intervention que la

¹ Ass. Plén., 2 juin 2000, Bull. 2000, A. P. n° 4 p. 7, La Semaine Juridique, 2001, n° 2 p. 73, note A.C. DE FOUCAULD ; Dalloz, 2000, n° 42 p. 965, note B. MATHIEU et M. VERPEAUX.

² On pense ici, bien évidemment, au célèbre arrêt Jacques Vabre, Cass. ch.. mixte, 24 mai 1975, D. 1975, p. 497, concl. Touffait.

³ Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 et décision n° 2004-498 DC du 29 juin 2004.

⁴ Voir J. Boulouis, J-M Chevalier, D. Fasquelle et M. Blanquet, Grands arrêts de la jurisprudence communautaire, Tome 2, Dalloz, 2002, Commentaire arrêts n° 3 et 4.

Commission dit vouloir privilégier au nom de la « bonne gouvernance »¹. La coordination a, en effet, pour mérite de respecter au mieux le principe de subsidiarité dont la Commission dit plus que jamais vouloir s'inspirer en même temps qu'elle permet une économie de moyens légaux². Ce faisant, le droit communautaire fait plus appel qu'auparavant au droit international privé. La multiplication des instruments nouveaux et la montée en puissance de la DG « Justice et affaires intérieures » devenue récemment la DG « Justice, Liberté et Sécurité » sont, à cet égard, particulièrement révélateurs.

41. Une autre évolution, significative de la plus grande place laissée aux droits nationaux, vient du recours de la Commission aux instruments juridiques non contraignants, chaque fois, en particulier, qu'elle doit affronter une certaine résistance des Etats ou que les droits nationaux sont trop complexes et différents pour supporter une harmonisation. On voit ainsi se multiplier les communications, recommandations et autres plans d'action dans des domaines très variés³.

42. Enfin, on notera que le droit communautaire fait de plus en plus appel aux droits nationaux à titre complémentaire comme le montre le recours par la Cour de justice mais aussi par la Commission à la reconnaissance mutuelle⁴ ou encore le renvoi pur et simple, dans

¹ Voir notamment le Livre blanc sur la « Gouvernance européenne » du 25 juillet 2001, COM (2001) 428 final et les quatre priorités affichées par la Commission Prodi.

² Outre le livre blanc sur la gouvernance européenne, op. cit., spéc. p. 24 et s., voir le plan d'action « Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire » du 6 juin 2002, COM (2002), 278 final ainsi que la communication du 11 février 2003 « Mettre à jour et simplifier l'acquis communautaire », COM (2003) 71 final.

³ C'est ainsi qu'en matière de « Corporate governance » la Commission a préféré, pour certaines questions, agir, dans un premier temps, à travers des recommandations. C'est le cas, notamment, pour les administrateurs indépendants (voir la communication du 6 octobre 2004, op. cit). En matière de droit des contrats, la démarche finalement adoptée est également très prudente (voir Communication de la Commission, Un droit européen des contrats plus cohérent, Un plan d'action, JOUE C 63/1 du 15.3.2003).

⁴ Voir, notamment, les directives « nouvelle approche ».

certaines textes de droit dérivé, aux droits nationaux pour régler des questions que le droit communautaire n'a pas pu ou n'a pas voulu traiter¹.

B - Le droit de l'Union européenne, instrument d'influence et de résistances du droit français dans le monde

43. Le droit français rayonne de par lui-même dans le monde. Son succès dépasse d'ailleurs largement les frontières européennes et même les limites de la francophonie². Mais, alors que les nations émergentes ont choisi avant la deuxième guerre mondiale par priorité les droits de la famille romano-germanique, on ne peut ignorer l'influence grandissante des droits de Common Law, en particulier du droit américain avec une accélération depuis une vingtaine d'années à tel point que l'on évoque la question, jusque dans les universités d'Outre-atlantique, de l'impérialisme juridique de la Common Law et de la résistance du droit latin³. Le droit français est directement touché comme beaucoup d'autres droits dans le monde. On peut légitimement craindre que ce mouvement prenne encore plus d'ampleur et que se généralisent à l'échelle mondiale un ensemble d'institutions, de techniques, de normes et de pratiques professionnelles, commerciales et juridiques fondé sur un modèle unique. La démarche suivie par la

¹ Les textes du droit communautaire des sociétés sur le GEIE et la société européenne en sont une très intéressante et significative illustration, des pans entiers du droit applicable à ces formes sociales nouvelles étant abandonnées aux droits nationaux.

² Voir, par exemple, « La circulation du modèle juridique français », Travaux de l'association H. Capitant, Tome XLIV, 1993. Il faut saluer, ici, l'action exemplaire de l'organisation internationale de la francophonie dans le domaine du droit en particulier à travers l'OHADA (Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires) à laquelle les Petites Affiches ont consacré un numéro spécial le 13 octobre 2004.

³ Voir, par exemple, U. Mattei, A Theory of Imperial Law : A Study on US Hegemony and the Latin Resistance, Global Jurist Frontiers, Vol. 3, 2003, No. 2, Article 1. La question est également très débattue en France. Voir, par exemple, le tome 45 consacré par les Archives de philosophie du droit en 2001 à « L'américanisation du droit ».

Banque mondiale dans ses rapports « Doing business¹ » laisse, à cet égard, craindre le pire. Partant d'une analyse économique contestable des droits nationaux, la Banque mondiale propose non seulement un classement des droits au motif d'éclairer les investisseurs mais aussi un modèle de législation, proche du droit américain, à reproduire partout dans le monde².

C'est ici que l'Union européenne peut jouer un rôle essentiel comme instrument d'influence et de résistances non seulement du droit français mais aussi, plus généralement, du droit romano-germanique. A travers lui, nous avons un moyen supplémentaire d'affirmer une autre conception du droit (1°) et des rapports entre les droits (2°).

1°/ Une autre conception du droit : la défense du pluralisme

44. L'Union européenne dont la devise est, faut-il le rappeler, « l'unité dans la diversité », peut aider à comprendre que le droit est animé de valeurs qui lui sont propres et qu'il peut être dangereux de l'instrumentaliser à outrance. Tout comme les sociétés, les cultures, les langues, le droit est pluriel. Il faut donc laisser à chaque Etat la liberté de légiférer comme il l'entend afin que les règles choisies soient adaptées et acceptées par les citoyens et les entreprises. Et si un droit commun doit, au surplus, se construire en Europe ou dans le monde, il doit puiser à toutes les sources et être le fruit d'échanges entre tous les droits³.

¹ Le premier rapport annuel « Doing business in 2004 » a soulevé un certain émoi en France, en pleine année de bi-centenaire du Code civil. L'ambition est d'évaluer la réglementation de 131 Etats en matière de création et de développement d'entreprises. Les conclusions du rapport, inspirées de réflexions d'économistes et de juristes américains, présentent le droit d'origine française, directement ou indirectement, comme un handicap pour les pays en voie de développement et pour les entrepreneurs.

² « One size fit all » est le mot d'ordre du premier rapport.

³ Sur la nécessité et les difficultés de construire un droit commun, voir Variations autour d'un droit commun, sous la direction de M. Delmas-Marty, H. Muir-Watt et H. Ruiz Fabri, Société de législation comparée, 2002 ; Variations autour d'un droit commun, travaux préparatoires, Société de législation comparée, 2001 ; Critique de

45. L'exemple du droit de la concurrence est, à cet égard, particulièrement intéressant. En la matière, on constate que l'on accepte beaucoup plus facilement dans l'Union européenne, où le droit communautaire et bon nombre de droits nationaux sont influencés par le modèle de l'économie sociale de marché récemment consacré dans le projet de traité constitutionnel¹, qu'aux Etats-Unis², de tenir compte, dans le bilan des comportements anticoncurrentiels des entreprises, de considérations économiques et sociales. Dans une interview donnée en 2001 dans une revue juridique française, Alexander Schaub, alors directeur général de la DG concurrence, précisait à ce sujet que « la politique communautaire de la concurrence » se devait de poursuivre trois objectifs : permettre le fonctionnement de l'économie de marché, soutenir la réalisation du marché commun et assurer le progrès économique et social³. Il insistait sur ce dernier point en ajoutant que « la politique de concurrence comporte une dimension sociale trop souvent ignorée ». Il entendait par là que le droit de la concurrence se devait aussi de permettre d'orienter l'activité économique dans un sens favorable aux citoyens européens, qu'ils soient consommateurs ou salariés ou à la recherche d'un emploi. Sur ce point, droit français et communautaire convergent et s'opposent au modèle américain où la concurrence est un objectif en soi⁴.

46. Alors que la Common Law est la traduction d'une vision libérale et éclatée de l'ordre juridique, le droit romano-germanique,

l'intégration normative, sous la direction de M. Delmass-Marty, PUF, Les voies du droit, 2004.

¹ Article I-3.

² Voir, par exemple, D. Fasquelle, Droit américain et droit communautaire des ententes. Etude de la règle de raison, GLN Joly, 1993.

³ A. Schaub, La politique européenne de concurrence : objectifs et règles, Petites Affiches, 5 nov. 2001, spéc. p. 11 et s.

⁴ Le même raisonnement peut être tenu en matière de transports, l'Union européenne ayant choisi d'ouvrir ce secteur à la concurrence de façon progressive et en tenant compte de ses fortes spécificités. Voir D. Fasquelle, Spécificités et évolutions récentes du droit antitrust en matière de transports, colloque de la CEDECE, Bordeaux d'octobre 2004, à paraître.

auquel appartient le droit français et qui est largement majoritaire dans l'Union européenne, incarne une autre forme d'organisation de la vie économique qu'Emmanuel Todd qualifie de « communautaire » dans laquelle la liberté des parties est encadrée et arbitrée par le droit porteur de valeurs et de règles qui, soit vont s'imposer aux parties, soit vont compléter leur volonté¹. D'une manière générale, le modèle juridique romano-germanique se fera plus aisément l'expression d'une politique générale utile pour des pays en pleine évolution. Au plan formel, les droits latins - et donc le droit de l'Union européenne influencé par eux² - forment sans aucun doute une alternative crédible au droit de Common Law. Ainsi, il est plus facile pour des pays émergents d'adopter des codes qu'un droit jurisprudentiel pour des raisons évidentes de sécurité et de prévisibilité juridique³.

2°/ Une autre conception des rapports entre les droits : ordonner le pluralisme⁴

47. Admettre le pluralisme conduit aussi à se poser la question de la façon dont on peut ordonner celui-ci. A l'échelle de la planète, le défi à relever est vertigineux. Pour ce faire, il faut combiner des règles communes à élaborer par hybridation des systèmes nationaux et des règles propres, dont certaines sont à harmoniser, d'autres à coordonner. Alors que des questions de droit du travail, de santé publique, d'environnement, de droit de la concurrence⁵, voire même

¹ E. Todd, Impérialisme ou isolement ?, in La Common law ou l'avenir d'une justice dans code, Le débat, n° 115, mai-août 2001, p. 69.

² Voir, supra, l'influence persistante du droit français sur le droit de l'Union européenne au plan formel.

³ L'exemple de la Chine qui a choisi notre modèle en matière de propriété et quant au rôle du Notaire dans la prévention des conflits a séduit, est éclairant.

⁴ Pour reprendre le titre d'un article de M. Delmas-Marty, un auteur qui a déjà beaucoup travaillé sur ces questions, « Marketing juridique ou pluralisme ordonné », in La Common law ou l'avenir d'une justice dans code, Le débat, n° 115, mai-août 2001, p. 57.

⁵ Voir, par exemple, P. Dima Ehongo, Une harmonisation ascendante : vers la construction d'un droit international de la concurrence ?, in M. Delmas-Marty, Critique de l'intégration normative, PUF 2004.

de commerce électronique¹ sont progressivement abordées dans les enceintes internationales, on peut se demander si l'Union européenne, et donc la France qui en est l'un des moteurs, n'ont pas des solutions intéressantes à proposer dans la mesure où les problèmes rencontrés sont assez proches de ceux auxquels les européens sont confrontés depuis les trois traités fondateurs.

Conclusion

48. En conclusion, on soulignera les nombreuses initiatives récentes qui participent à une utile prise de conscience. Les magistrats, les professionnels du droit², les universitaires – ce colloque en est la preuve – se mobilisent de même que le gouvernement français pour comprendre et influencer l'europanisation et la mondialisation du droit. Les actions menées par le GIP Droit et justice, la création en mars 2004 de la mission interministérielle "Toutlemonde", l'installation, bientôt, du Conseil scientifique sur l'attractivité économique du droit, le projet de création d'une Fondation pour la promotion du droit français sont autant de bonnes nouvelles. Toute action en la matière ne peut, cependant, porter ses fruits que si elle s'inscrit dans la durée et que si des moyens adéquats sont mobilisés. Il faut s'en convaincre : influence et résistances du droit français dans l'Union européenne et dans le monde dépendent, en définitive, avant tout de nous.

¹ Voir, à ce sujet, C. Manara, Commerce électronique : première décision de l'organe de règlement des conflits des différends de l'OMC, Dalloz 2004, p. 3122.

² Ainsi par exemple, les avocats organisent un colloque avec la Banque mondiale à Washington, les notaires sont, avec l'aide de la Caisse des dépôts, présents en Chine, les administrateurs et mandataires judiciaires préparent un colloque à Bruxelles sur les syndicats dans le marché intérieur.

CHAPITRE 2

HORS D'EUROPE