

## Un code des affaires pour l'Europe ?\*

- traduction de l'article „Ein Wirtschaftsgesetzbuch für Europa?“;  
Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2024, p. 1044-1048 -

Depuis quelques années, il existe un projet franco-allemand de création d'un code des affaires européen. Plus récemment, il a reçu un soutien politique considérable. L'article décrit le point de départ et l'état actuel du projet et montre comment il pourrait être poursuivi. Une première étape pourrait consister à prévoir un 28<sup>e</sup> régime facultatif dans certains domaines.

For several years, there has been a Franco-German project for a European Economic Code. In recent times, it has received considerable political support. This article describes the points of departure and the current status of the project and shows ways in which the project could be continued. A first step could be to provide an optional 28th regime in certain areas.

### I. Présentation

En 2017, avec le soutien de l'association française Henri Capitant, dirigée par *Philippe Dupichot*, un vaste projet scientifique a été lancé pour créer un code des affaires européen. Ce code des affaires est destiné à remplacer les exigences européennes existantes et la législation de transposition des États membres. Jusqu'à présent, le projet a été soutenu principalement par des scientifiques d'Allemagne et de France.

Entre-temps, le projet a encore progressé. Des avant-projets sont disponibles pour toutes les sous-disciplines du droit commercial au sens large.<sup>1</sup> En outre, le projet a récemment reçu un soutien politique, en particulier de la présidente de la Commission, *Ursula von der Leyen*.<sup>2</sup>

Cet article contient un rapport sur le point de départ du projet (II), l'état actuel (III) et les perspectives de développement envisageables (IV). Cela tient également compte de l'expérience

---

\* L'auteur est titulaire de la chaire de droit civil et de droit de la procédure civile à l'Université Johannes Gutenberg de Mayence. L'article est basé sur une conférence donnée par l'auteur au Bundestag allemand le 11 septembre 2024 à l'invitation de la Deutsche Gesellschaft für Gesetzgebung (association pour la législation allemande) et reprend les suggestions de la discussion. L'article ne reflète que l'opinion personnelle de l'auteur.

<sup>1</sup> Voir III.1).

<sup>2</sup> Voir III.2).

que l'auteur a pu acquérir jusqu'à présent en tant que membre du groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité et de la restructuration.

## II. L'état (insatisfaisant) du droit économique européen actuel

### 1) Effets d'harmonisation limités

Le point de départ de l'initiative pour un code des affaires européen est un examen critique de l'*acquis communautaire* dans les différents domaines du droit des affaires. Les faiblesses du droit européen mises en évidence par la critique sont largement connues, mais nous les rassemblerons brièvement ci-dessous. L'objectif du projet est de les surmonter par la (re)codification au niveau européen.

Dans le cas principal, il convient de noter que l'intensification de la législation de l'UE au cours des dernières décennies n'a pas abouti à un droit des affaires « européen » qui soit compréhensible ou visible en tant que tel. Très tôt, non sans ironie, il a été fait référence au style « pointilliste » de la législation européenne.<sup>3</sup> En règle générale, le législateur de l'UE ne s'occupe (que) de certains sous-disciplines d'un domaine du droit et les réglemente de manière relativement détaillée, mais laisse les autres aspects du même domaine non réglementés.<sup>4</sup> En conséquence, il existe de nombreux points (individuels) sur le canevas législatif européen ; il n'en ressort pas une image uniforme, ne serait-ce que parce que de grandes zones blanches subsistent encore entre les points, en fonction des différentes sous-disciplines. Cette coexistence de droits nationaux (partiellement) harmonisés et non harmonisés n'a *en soi* qu'un effet limité d'harmonisation ou de normalisation.

De plus, la directive, qui est encore largement utilisée comme instrument de rapprochement des législations, n'aboutit qu'à une harmonisation limitée, même dans son propre champ d'application matériel. Cela s'explique principalement par la marge de manœuvre restante des États membres et par la possibilité, qui n'est jamais totalement exclue, qu'il y ait simplement un manque de transposition (correcte) de la directive dans un État membre.<sup>5</sup> Dans ce contexte, même si une question est couverte par une directive, les acteurs du marché peuvent difficilement

---

<sup>3</sup> *Basedow*, European Review of Private Law (ERPL) 9 (2001), 35 (38) ; *Magnus*, publication commémorative pour Jayme, Bd. II, 2004, 1307 (1311).

<sup>4</sup> Par exemple, la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'harmonisation de certains aspects du droit de l'insolvabilité du 7.12.2022 COM(2022) 702 final (« Insolvabilité III ») concerne essentiellement la procédure d'annulation de l'insolvabilité et la *procédure pre-pack* ; d'autres domaines du droit fondamental de l'insolvabilité ne sont toujours pas réglementés.

<sup>5</sup> *Ruffert*, dans Calliess/Ruffert, EUV/TFUE, 6e éd. 2022, art. 288 TFUE, point 288.

se prévaloir du fait que le droit national des États membres régleme cette question (au moins pour l'essentiel) de la même manière, voire d'une manière comparable.

Une autre lacune du droit européen est qu'il ne conduit souvent pas à l'harmonisation des concepts de base essentiels et des structures de base. Par exemple, la directive européenne sur les restructurations s'abstient expressément de définir ou même de circonscrire le terme « insolvabilité ». <sup>6</sup> Toutefois, en l'absence d'une telle définition, la distinction entre les procédures de restructuration préalable à l'insolvabilité et les procédures d'insolvabilité, qui est essentielle pour l'harmonisation des lois, reste laissée aux États membres ; pour cette raison, il n'y a qu'une harmonisation (simulée) en surface. <sup>7</sup>

## 2) Conséquences négatives sur la qualité du droit

### a) Perte de transparence et d'intelligibilité

Dans l'UE, le droit national des États membres est imbriqué avec le droit de l'UE à bien des égards. <sup>8</sup> Il est toujours nécessaire de jeter des « regards croisés » <sup>9</sup> sur les dispositions du droit national et du droit de l'UE.

En particulier, le droit national doit être interprété ou développé « conformément à la directive ». <sup>10</sup> La question de savoir si une disposition de droit national sert à transposer une directive ne peut toutefois pas être vue de l'extérieur. Cela nécessite des connaissances particulières ou spécialisées, qui ne sont tout simplement pas disponibles dans le cas d'un non-avocat qui n'est pas familier avec le sujet.

L'interprétation conforme à la directive est non seulement controversée dans sa base méthodologique, <sup>11</sup> mais elle pose également des problèmes considérables dans la solution de cas concrets individuels. Parfois, selon les cas, il est difficile d'évaluer ou de prévoir dans quelle mesure il y a une obligation d'interpréter ou de développer le droit conformément à la directive. <sup>12</sup> Une telle situation n'est guère conforme à l'objectif formulé à l'article 3, II, TUE et

---

<sup>6</sup> Article 2 II de la directive 2019/1023 du 20.6.2019 relative aux cadres de restructuration préventive: « Aux fins de la présente directive, les notions suivantes sont à entendre au sens qui en est donné par le droit national: a) insolvabilité ; b) probabilité d'insolvabilité [...] »

<sup>7</sup> *Paulus*, dans *Paulus/Dammann*, *European Preventive Restructuring*, 2021, RL (EU) 2019/1023, art. 2 point 63.

<sup>8</sup> *Basedow*, *European Review of Private Law (ERPL)* 9 (2001), 35 (37) (« interaction symbiotique »).

<sup>9</sup> *Pfeiffer*, *NJW* 2009, 412 (413).

<sup>10</sup> Sur ce dernier aspect, voir *Bundesgerichtshof BGHZ* 179, 27 = *NJW* 2009, 427.

<sup>11</sup> *Staudinger/Baldus*, nouvelle édition 2014, préface au BGB point 274 et suiv.

<sup>12</sup> Par exemple , *Gsell*, *JZ* 2009, 522 (524).

à l'article 67 I, TFUE, de créer « un espace de liberté, de sécurité et de justice » – qui devrait être essentiellement caractérisé par la sécurité juridique.<sup>13</sup>

b) Sur le manque de cohérence

aa) Sur le manque de cohérence du droit de l'Union

Le style législatif pointilliste de l'UE décrit ci-dessus affecte la cohérence du droit (des affaires) dans son ensemble. Dans le détail, des problèmes de délimitation et des contradictions d'appréciation peuvent déjà se poser au niveau du droit de l'Union. Cela s'applique également au droit de l'insolvabilité, où il existe des incohérences entre le droit de la directive et le règlement européen sur l'insolvabilité.<sup>14</sup> Par exemple, la directive de l'UE sur la restructuration prévoit que l'État membre dans lequel se déroule la procédure de restructuration avant insolvabilité peut interdire la réalisation de créanciers garantis in rem.<sup>15</sup> Or, l'article 8 du règlement européen sur l'insolvabilité stipule à l'inverse que les sûretés situées dans un autre État membre ne sont pas « affectées » par de telles interdictions.<sup>16</sup> L'injonction de s'abstenir de la réalisation de sûretés, qui est possible en application de la directive, est donc à son tour privée de son effet utile dans les affaires transfrontalières par l'article 8 du règlement européen sur l'insolvabilité.

bb) Sur les atteintes à la cohérence du droit national

En outre, il peut exister des incohérences entre le droit directif transposé en droit national et le droit national non harmonisé qui reste. Compte tenu du nombre et de la densité normative croissante des directives, les législateurs nationaux rencontrent des difficultés à empêcher que leur droit national ne se désagrège en une simple somme de dispositions individuelles incohérentes.

Les codifications existantes dans les États membres sont fondées sur la conviction que le droit ne doit pas représenter une masse amorphe de règles individuelles, mais un tout

---

<sup>13</sup> Grabitz/Hilf/Nettesheim/Röben, 81 EL 2024, art. 67 TFUE, point 57.

<sup>14</sup> Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), JO L 2015, p. 1. JO L 141 du 5.6.2015, 19-72.

<sup>15</sup> Art.6 en liaison avec l'article 2 I n° 4 de la directive 2019/1023 du 20.6.2019 relative aux cadres de restructuration préventive (note de bas de page 6).

<sup>16</sup> Pour plus de détails sur l'interprétation exacte de la disposition, voir MüKoInsO/Reinhart, 4e éd. 2021, art. 8 EuInsVO point 17 et suiv.

systématiquement ordonné basé sur des principes et des valeurs uniformes.<sup>17</sup> Plus la mise en œuvre d'exigences directives, qui ne sont efficaces que dans certains domaines, est mise en avant, plus tôt l'idée d'un ensemble cohérent associé à la codification nationale du droit s'estompe. En fin de compte, cela conduit à une érosion rampante de la *raison d'être* des codifications nationales.

### III. L'état actuel du projet

#### 1) 13 avant-projets en français

##### a) Vue d'ensemble

Le projet poursuit l'objectif (final) de remplacer le lien symbiotique<sup>18</sup> entre les réglementations européennes (à effet sélectif) et le droit national, qui est difficile à déchiffrer, par une codification européenne directement applicable. L'objectif est de faire en sorte que le règlement global soit limité à l'essentiel, cohérent et compréhensible.

À cette fin, 13 groupes de travail ont été constitués dans les domaines suivants :

- 1) Droit commercial général ;
- 2) Droit du marché
- 3) Droit du commerce électronique ;
- 4) Droit des sociétés ;
- 5) Droit des suretés ;
- 6) Droit de l'exécution ;
- 7) Droit de l'insolvabilité ;
- 8) Droit bancaire ;
- 9) Droit des marchés financiers ;
- 10) Droit de la propriété intellectuelle ;
- 11) Droit du travail ;
- 12) Droit des contrats d'assurance ;
- 13) Droit fiscal.

Cette liste met en évidence le fait que le projet repose sur une compréhension très large du « droit des affaires ».

---

<sup>17</sup> Zimmermann, *Europ. Rev. of Private Law* 3 (1995), 95 (97).

<sup>18</sup> Basedow, *Europ. Rev. of Private Law* 9 (2001), 35 (37) (« interaction symbiotique »).

Chacun de ces groupes de travail a soumis un avant-projet en français.<sup>19</sup> La crainte exprimée au début du projet qu'un accord sur des textes communs était déjà largement hors de question dans le cadre franco-allemand<sup>20</sup> ne s'est donc pas réalisée. Les versions anglaises seront publiées prochainement.

#### b) Propositions relatives notamment au droit de l'insolvabilité et de la restructuration

Un accord a été trouvé sur un projet commun, notamment en matière de droit de l'insolvabilité et de la restructuration.<sup>21</sup>

Le point de départ de la proposition de texte du groupe de travail était la distinction entre les procédures de pré-insolvabilité (restructuration), d'une part, et les procédures d'insolvabilité, d'autre part. Cette distinction est déjà établie dans le droit européen par la directive européenne sur les restructurations préventives.<sup>22</sup> L'ouverture d'une procédure de pré-insolvabilité (restructuration) ou d'une procédure d'insolvabilité dépend de la caractéristique de la cessation des paiements, qui est en usage en France<sup>23</sup> et en Allemagne<sup>24</sup> ainsi que dans la plupart des systèmes juridiques.<sup>25</sup>

Lors de la conception des différentes procédures de restructuration et procédures d'insolvabilité, le groupe de travail s'est inspiré des règlements et directives pertinents<sup>26</sup>, des similitudes entre le droit allemand et le droit français et du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, qui repose sur une analyse comparative globale.<sup>27</sup> De cette façon, il a été possible de créer une proposition de texte qui devrait servir de point de départ à d'autres discussions de fond.

---

<sup>19</sup> Les versions françaises sont disponibles sur le site de Henri Capitant (<https://www.henricapitant.org/actions-category/travaux-europeens/>).

<sup>20</sup> *D'Avout*, ZEuP 2019, 653 (658)

<sup>21</sup> Une version anglaise et une version allemande du texte sont déjà disponibles sur la page d'accueil de l'auteur à l'Université Johannes Gutenberg de Mayence [Projekte | Lehrstuhl für Zivilrecht und Zivilprozessrecht](#).

<sup>22</sup> Voir note de bas de page 6.

<sup>23</sup> Art. L 631-1 Code de commerce.

<sup>24</sup> § 17 de l'InsO.

<sup>25</sup> Voir partie 1 point 23 Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (« Un critère fréquemment retenu pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est le critère de la liquidité, du flux de trésorerie ou de la cessation générale des paiements. ») ; publié sur [https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency\\_law](https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law).

<sup>26</sup> Il convient tout d'abord de mentionner le règlement européen sur l'insolvabilité (note de bas de page 14), la directive de l'UE sur la restructuration (note de bas de page 6) et la proposition de directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit de l'insolvabilité (note de bas de page 4).

<sup>27</sup> Voir note de bas de page 25.

La proposition prévoit deux procédures de restructuration avant insolvabilité. D'une part, il s'agit d'une procédure non publique, qui correspond essentiellement à la *conciliation française*<sup>28</sup> et à la « Sanierungsmoderation »<sup>29</sup> allemande en matière de restructuration – qui à son tour est déjà influencée par la *conciliation française*.<sup>30</sup> D'autre part, la proposition prévoit une procédure publique de restructuration préalable à l'insolvabilité, qui trouve son pendant dans la procédure de *sauvegarde française* et la « boîte à outils »<sup>31</sup> de la partie 2 de la loi allemande StaRUG<sup>32</sup> et reprend des éléments de la procédure américaine du chapitre 11.

Deux procédures sont également prévues en cas d'insolvabilité déjà survenue. Tout d'abord, il s'agit d'une procédure qui vise également à la restructuration, ce qui correspond essentiellement aux procédures d'insolvabilité allemandes qui sont menées en auto-administration (§§ 270 et suivants InsO)<sup>33</sup> et visent à l'adoption d'un plan d'insolvabilité dans le but de préserver l'entreprise (§ 1 phrase 2, §§ 217 et suivants InsO).<sup>34</sup> Enfin, en dernier recours, une procédure est envisagée qui ne sert pas (ou plus) à la restructuration de l'entreprise, mais à la meilleure satisfaction possible des créanciers et se substituerait ainsi à la *liquidation judiciaire*<sup>35</sup> française ou à la procédure d'insolvabilité standard allemande.

Ce regroupement des procédures ne crée pas un écart fondamental par rapport au droit français ou allemand existant. Le texte proposé est conforme à la législation plus récente de l'Allemagne et de la France dans la mesure où il attache une importance particulière à l'auto-administration du débiteur<sup>36</sup> et à l'autonomie des créanciers qui se réalise à travers le plan de restructuration ou d'insolvabilité.

Les clauses d'ouverture en faveur du droit national ne sont actuellement prévues que dans quelques domaines. Selon le projet de texte actuel, le législateur allemand aurait toujours la

---

<sup>28</sup> Livre VI (Titre 1) Code de commerce (Artt. L 611-4 à L 611-17).

<sup>29</sup> Partie 3 (§§ 94-100) de la loi sur le cadre de stabilisation et de restructuration des entreprises (loi sur la stabilisation et la restructuration des entreprises – StaRUG) du 22.12.2020, Journal officiel fédéral I p. 3256, modifiée en dernier lieu par l'art. 7 de la loi sur la modernisation du droit postal du 15.7.2024 (Journal officiel fédéral 2024 I n° 236).

<sup>30</sup> *Arnold/Slawik*, NZI-Beilage 2021, 79 et suiv.

<sup>31</sup> Voir par exemple *Gruber*, NZI 2021, 249 (250).

<sup>32</sup> §§ 2-93 StaRUG.

<sup>33</sup> En France, il se substituerait au *redressement judiciaire* (Livre VI (Titre 3) du Code de commerce (Artt. L 631-1 à L 631-22)).

<sup>34</sup> Pour le plan d'insolvabilité voir les §§ 217-269 InsO ; pour le *plan de redressement* voir les Artt. L 631-19 à Art. 631-19-2 ainsi que les Artt. L 620-1 à L 628-8 Code de commerce.

<sup>35</sup> Livre VI (Titre IV) Artt. L 640-1 à L 644-6. Code de commerce.

<sup>36</sup> Sur l'auto-administration dans le *cadre du redressement judiciaire*, voir l'article L 631-9 en liaison avec les art. 621-4 à 621-11 du Code de commerce ; sur la promotion de l'auto-administration par le biais du « bouclier protecteur » dans les procédures d'ouverture allemandes, voir l'article 270b InsO, introduit par la loi sur le développement du droit de la restructuration et de l'insolvabilité (Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz - SanInsFoG) du 22.12.2020 (Journal officiel fédéral I p. 3256).

possibilité de conserver le motif (supplémentaire) d'ouverture du surendettement (article 19 de l'InsO). Toutefois, selon l'opinion qui a été adoptée en l'espèce, les modifications constantes apportées par le législateur allemand à ce motif d'ouverture et le long débat sur l'interprétation correcte de l'article 19 de l'InsO indiquent que le surendettement pourrait être écarté comme motif d'ouverture.<sup>37</sup> Une codification européenne pourrait alors être l'occasion d'abandonner les conceptions désuètes de droit national.

## 2) Inscription du projet en politique

Le projet a trouvé un soutien en politique. Le traité d'Aix-la-Chapelle conclu par l'Allemagne et la France en 2019 est particulièrement remarquable. Il déclare : « Les deux États approfondissent l'intégration de leurs économies afin d'instituer une zone économique franco-allemande dotée de règles communes. »<sup>38</sup> Cette règle vise en premier lieu le projet de l'association Henri Capitant.<sup>39</sup> Le rapport de la même année de l'eurodéputé français *Gomez-Bassac* au Premier ministre français sur l'établissement d'un code des affaires européen a également été important.<sup>40</sup>

Plus récemment, le projet a également été repris dans l'UE. Une étape importante a été le rapport sur la réforme du marché intérieur de l'ancien président italien *Enrico Letta* en avril 2024, dans lequel il prônait une codification systématique du droit économique de l'UE,<sup>41</sup> en se référant à des modèles tels que le Code de commerce uniforme (UCC) américain ou le droit commercial de l'OHADA<sup>42</sup>. Dans le même temps, le droit de l'Union devrait être élargi pour inclure un nouveau « 28e régime » qui serait accordé aux personnes concernées, par exemple pour une société européenne simplifiée.<sup>43</sup>

La présidente de la Commission, *Ursula von der Leyen*, a adopté ces propositions dans le cadre de sa candidature à un nouveau mandat. Elle propose également d'éliminer « la mosaïque de législations nationales » qui rend difficile de « faire des affaires dans plusieurs pays de l'UE en

---

<sup>37</sup> Voir, par exemple, *MüKoInsO/Drukarczyk/Schüler*, 4e éd. 2019, § 19 point 3.

<sup>38</sup> 20 I 1 du traité d'Aix-la-Chapelle.

<sup>39</sup> Voir pour plus de précisions, *Scholl*, ZEuP 2019, 441 et suiv.

<sup>40</sup> *Gomez-Bassac*, Rapport sur l'élaboration d'un Code européen des affaires (publié sur <https://www.vie-publique.fr/files/rapport/pdf/194000760.pdf>).

<sup>41</sup> Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires.

<sup>42</sup> *Letta*, *Much more than a market*, avril 2024, S. 178 (publié sur [Enrico Letta - Much more than a market \(April 2024\)](#)).

<sup>43</sup> *Letta* (note de bas de page 42), art. 178 ; à ce sujet *Lehmann* GPR 2024, 97.



même temps.<sup>44</sup> En adoptant la proposition de *Letta*, elle est également en faveur d'un « 28e règlement » qui puisse être choisi par les personnes concernées.<sup>45</sup>

#### IV. Perspectives de développement

##### 1) Étendre la discussion à tous les États membres

Jusqu'à présent, le projet a été dirigé principalement par des scientifiques allemands et français.<sup>46</sup> Ceci ne repose pas sur des considérations politiques, mais plutôt pratiques. Il convient de garder à l'esprit qu'il s'agit d'un projet qui n'est pas soutenu par les États membres, mais par des organisations et des fondations privées. Il s'agissait (seulement) de donner un premier élan à un code des affaires européen avec un effort approprié et dans un délai raisonnable.

Entre-temps, le projet a déjà été discuté dans d'autres États membres ou a fait l'objet de conférences. Cette voie doit être poursuivie et élargie. À cette fin, le projet devrait être mis à la disposition du public non seulement en anglais, mais aussi – conformément à la politique linguistique de l'UE – dans le plus grand nombre possible de langues officielles de l'UE. L'implication des États membres d'Europe centrale et orientale est d'une importance capitale.

Dans le cadre d'une discussion ultérieure, les textes existants doivent faire l'objet d'un débat non seulement sur des questions individuelles, mais aussi sur leurs structures de base, et doivent rester ouverts à toute forme de changement. L'implication de juristes et de praticiens d'autres systèmes juridiques européens est d'autant plus urgente qu'en France, la discussion sur les propositions individuelles des groupes de travail a déjà commencé.<sup>47</sup>

##### 2) Mise en œuvre par le biais de règles contraignantes

À la fin du projet, la question se pose de savoir comment il se traduira par des normes juridiques concrètes. Dans un premier temps, il serait concevable d'en rester à une simple « loi modèle ». Les États membres sont alors libres de décider de l'adopter ou non. Cependant, il semble

---

<sup>44</sup> *Von der Leyen*, L'Europe a le choix – Orientations politiques pour la prochaine Commission européenne 2024-2029, juillet 2024, p. 8 (disponible à l'affiche-post884.jpg (725×1024) ([europaescheswirtschaftsgesetzbuch.eu](https://europa.eu/european-council/sites/default/media/library/20240708_european_council_von_der_leyen_political_guidelines_en.pdf)).

<sup>45</sup> *Von der Leyen* (note 44), p. 8.

<sup>46</sup> *D'Avout*, ZEuP 2019, 653 (656 f).

<sup>47</sup> Voir par exemple *Tota*, Revue des procédures collectives 2024, 1 ff. et La Semaine juridique (JCP E) 2024, 1025.

douteux qu'une telle loi type puisse même se rapprocher de l'importance de l'UCC des États-Unis, par exemple.

La création d'une loi réglementaire de l'UE semble être la solution plus prometteuse. Dans la politique européenne, comme nous l'avons déjà mentionné, la création d'un « 28e règlement » est actuellement privilégiée. Dans ce cas, les personnes concernées pourraient se retirer du droit national existant ou déclarer leur adhésion en faveur du 28e système juridique. Un tel modèle est concevable en droit des sociétés, par exemple,<sup>48</sup> mais il ne s'y limite pas. Cela serait également possible, par exemple, dans le domaine de la restructuration avant insolvabilité ; L'opt-in devrait être déclaré par l'entreprise qui a besoin d'être restructurée.

Du point de vue du projet, un tel 28e règlement voire une « solution opt-in » pourrait être un premier pas vers la réalisation. Son grand avantage serait qu'elle laisserait en principe intacte le droit national existant des États membres, mais ne l'exposerait qu'à un autre « concurrent ».<sup>49</sup>

Un tel 28e dispositif pourrait être établi dans le cadre de la procédure de coopération renforcée, c'est-à-dire qu'il ne nécessiterait que la participation d'au moins neuf États membres.<sup>50</sup> Toutefois, son effet s'étendrait au-delà des États membres participants en vertu des mécanismes de reconnaissance primaire et secondaire de l'UE. Ainsi, une société constituée en vertu du 28e règlement bénéficierait de la liberté d'établissement européenne ; dans le cas d'une procédure de restructuration pré-insolvabilité, les règles de reconnaissance du règlement européen sur l'insolvabilité s'appliquent.<sup>51</sup> Cela signifierait que les réglementations seraient efficaces dans toute l'Europe dans la pratique.

Toutefois, il est nécessaire que le « 28e règlement » soit accompagné de la définition de structures et conditions de base dans les domaines qui ne se prêtent pas à un « opt-in » privé autonome. Comme nous l'avons expliqué, cela inclut la définition de l'insolvabilité matérielle – sous la forme de la cessation des paiements – car elle marque essentiellement la fin de la procédure de pré-insolvabilité et le passage obligatoire à la procédure d'insolvabilité.

Dans un deuxième temps, si le « 28e règlement » devait faire ses preuves dans la pratique, il faudrait alors procéder à une codification européenne plus poussée. Cela pourrait également

---

<sup>48</sup> Pour plus de détails sur les propositions du groupe de travail sur le droit des sociétés *Gruber/Herrmann/Lehmann/Schulze/Teichmann*, *EuZW* 2021, 413 (415 et suiv.).

<sup>49</sup> Sur le débat sur la compétence de l'UE pour créer un droit des contrats facultatif, voir, par exemple, *Fleischer*, *RabelsZ* 76 (2012) 235, 242 et suiv. ; aussi *Staudinger/Baldus*, nouvelle éd. 2014, *Einl. BGB*, point 291.

<sup>50</sup> L'article 20 du TUE et la partie 6, titre III du TFUE (§§ 326-334).

<sup>51</sup> Voir les articles 19 et 32 du règlement européen sur l'insolvabilité. La seule condition préalable serait l'inclusion des procédures susmentionnées dans l'annexe A du règlement européen sur l'insolvabilité.

s'étendre à des zones qui ne semblent pas convenir à une simple réglementation d'un opt-in, au mieux dans une mesure limitée.

Les perspectives de réalisation du projet sont meilleures qu'il n'y paraît à première vue. Avant tout, il faut tenir compte du fait que les codifications (partielles) existantes du droit commercial ont une fonction nettement moins identitaire au niveau du droit national que les codifications nationales du droit civil. Dans la littérature française, on souligne que l'on ressent un lien particulier avec le Code civil, mais plutôt pas avec le Code de commerce.<sup>52</sup> Il en va de même pour le Code civil allemand, d'une part, et pour le droit des affaires allemand, qui est dispersé entre les différents codes, d'autre part. Du point de vue des États membres, une codification du droit des affaires au niveau européen apporterait donc des avantages considérables, mais n'impliquerait pas d'ingérence dans des domaines du droit des États membres particulièrement sensibles et centraux pour l'identité nationale.

## **V. Conclusion**

Dans la situation politique actuelle, il peut sembler audacieux de réclamer un code des affaires européen. Mais c'est exactement le caractère du processus d'unification européenne dans son intégralité : un projet extraordinairement audacieux dès le départ, mais – malgré toutes les critiques et les revers – réussi.

La discussion ne doit pas se limiter à une simple « perspective interne ». Il s'agit plutôt de renforcer l'UE dans la concurrence entre les zones économiques sur l'échelle mondiale. Or, c'est précisément là que des règles uniformes, claires et compréhensibles par tous constitueraient un avantage considérable. Il ne serait pas non plus opportun de mener le débat uniquement sous l'aspect du « plus » ou du « moins » d'Europe. Il ne s'agit pas d'un simple « plus », mais du « comment ».

---

<sup>52</sup> *Cabrillac*, Recueil Dalloz D. 2019, 1191 (n° 9).