

Assemblée Parlementaire Franco-Allemande
Groupe de travail Harmonisation des droits français et allemand des affaires et des faillites

Avis de Dr. Antje Luke à la réunion du 1 mars 2021

Tout d'abord, je tiens à vous remercier de m'avoir sollicitée pour présenter une contribution à votre groupe de travail. Active dans le droit des affaires franco-allemand depuis plus de vingt ans, ces travaux me tiennent particulièrement à cœur.

La contribution porte sur le projet du Code Européen des Affaires (notamment le rapport de Madame Gomez-Bassac), et certains aspects du droit des marchés, d'une part, ainsi que sur le droit des sociétés (notamment l'avant-projet relatif à la société européenne simplifiée, SES), d'autre part.

I. Projet de Code Européen ou Franco-Allemand des Affaires

Avant toute chose, il est à souligner que la multitude de régimes juridiques nationaux constitue un frein pour le développement des entreprises, notamment des entreprises de petite et moyenne taille, pour se développer en dehors de leur territoire national. L'effort d'harmonisation des dispositions est pourtant très important. Les institutions européennes utilisent de plus en plus l'outil du règlement plutôt que celui de la directive, afin de diminuer les différences dans la transposition (par exemple les règlements relatifs aux dispositifs médicaux ont remplacé les directives dans ce secteur).

Toutefois, beaucoup de difficultés continuent à exister. Celles-ci sont en partie le résultat de compromis qui ont dû être trouvés entre les Etats membres pour l'adoption d'une directive. A titre d'exemple, la directive 86/653/CEE relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants laisse aux Etats membres le choix entre deux approches différentes pour la compensation de l'agent à la fin du contrat. Il en résulte que la France et l'Allemagne, pour ne nommer que ces deux pays, ont une approche très différente à ce sujet. En même temps, l'autre forme très répandue en matière de distribution, à savoir le contrat de distribution, n'est pas harmonisé. Dans ce domaine, les droits allemands et français divergent beaucoup. Ce domaine se trouve d'avantage complexifié par le fait que le droit français contient des dispositions dans le Code de Commerce qui n'ont – du moins du point de vue du droit national - pas un caractère contractuel mais délictuel.

D'autres difficultés sont causées par le fait que l'harmonisation ne concerne que certains aspects d'une relation juridique. Ainsi, en ce qui concerne la vente par internet à des consommateurs, le droit national de la vente, avec des mentions obligatoires légales sur le site, reste applicable. Une petite société qui veut vendre des produits sur internet devrait par conséquent vérifier le contenu de son site et ses conditions générales dans chaque droit national.

Finalement, il continue d'exister dans la pratique, des normes pour des produits qui ne sont pas conformes au droit de l'Union. Mais les entreprises ont-elles la possibilité d'entamer une procédure pour faire annuler ces normes ?

Dr. Antje LUKE

Rechtsanwältin | Avocat à la Cour
4, Avenue Hoche
F-75008 PARIS
www.berg-moll.com



1. La codification-compilation

Si le but de nos travaux est l'accès au droit, la codification-compilation des dispositions peut certainement y contribuer. Cette codification permettrait aussi, comme indiqué dans le rapport Gomez-Bassac, de mettre en lumière les domaines manquants, ou les domaines qui pourraient être harmonisés d'avantage.

Légifrance (avant la dernière modification de sa présentation) est effectivement un bon modèle de site très complet et facile à utiliser. Il reste à savoir comment ce code intégrerait les transpositions en droit national des directives.

Toutefois, il convient d'émettre une réserve en ce qui concerne l'accès au droit par cette codification. Même si une entreprise peut accéder par le biais d'un tel code aux dispositions la concernant, les dispositions peuvent être difficiles à lire. Certaines directives européennes ou règlements tout comme certains textes nationaux se caractérisent par leur longueur, rendant leur lecture difficile. On en trouve des explications ou des résumés très utiles aussi bien sur les sites de l'Union Européenne (par exemple, EUR-Lex) que sur les sites des gouvernements, des associations professionnelles ou des chambres de commerce. Ces textes renvoient à des dispositions pertinentes. Les difficultés des entreprises résultent aussi parfois, dans la pratique, d'un manque de formation, par exemple des équipes commerciales, pour connaître les points d'attention dans un contrat international. A mon sens, l'accès au droit pourra aussi être nettement amélioré par le renforcement de l'accès à ces informations.

2. La codification -modification

La codification-modification est un projet très ambitieux, à saluer. En effet, de tels travaux permettent d'être la source d'inspiration pour des réformes nationales, comme lors de la réforme du Code Civil français en 2016.

Une telle codification-modification contribuerait à une plus grande harmonisation. Toutefois, la proposition de créer certains contrats-type ou un « droit optionnel » n'apporterait pas de façon certaine une vraie solution aux problèmes. Ces contrats-type ne seraient que partiellement détachés du droit national. Pensons ainsi aux contrats pour lesquels s'applique la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM). Son champ d'application étant limité à certains aspects du droit de la vente, l'entreprise concernée doit toujours déterminer le droit applicable à d'autres aspects contractuels qui ne sont pas régis par cette Convention. La pratique internationale a développé certains contrats-type. Ces contrats doivent être adaptés au droit national auquel ils sont soumis. Le choix du droit applicable donne déjà une certaine liberté d'action aux entreprises. Ils doivent ensuite prendre en considération les dispositions d'ordre public ou contraignantes du droit choisi, et le cas échéant les lois de police d'autres ordres juridiques. Un contrat-type avec son propre droit réduirait certes le champ d'application du droit national, mais ne pourra pas écarter les contraintes des juridictions qui interfèrent du fait du droit international privé. Il convient aussi de prendre en considération le fait que l'ouverture de nouvelles options risque de complexifier encore plus l'accès au droit pour les entreprises. Elles auraient potentiellement le choix entre plusieurs droits nationaux, et une option de droit européen en plus.

Alternativement, il serait utile que la France et l'Allemagne œuvrent à une harmonisation de leurs droits de la distribution, pour nommer un domaine.



II. Droit des Sociétés

1. Droit des Sociétés comme frein pour le développement ?

Les différences existantes entre les droits des sociétés nationaux ne semblent pas être *en elles-mêmes* le plus grand obstacle pour développer une activité dans d'autres Etats membres. Il est tout à fait possible de développer son activité dans un autre Etat membre sans création de filiales, par des réseaux de distribution, ou des prestations de services. Le souhait de créer une filiale surgit dans ces cas souvent quand l'activité a connu une croissance telle qu'il serait plus simple de la gérer au travers d'une entité juridique séparée, ce qui permet aussi de cantonner les risques économiques et juridiques à cette entité séparée. Une filiale perçue comme vraie présence locale permet en outre souvent un accès plus facile aux marchés en question.

La création d'une société, notamment lorsqu'elle est détenue à 100% par un associé, est facilitée en France et en Allemagne. Ainsi, il est possible dans les deux Etats de créer une société avec un capital minimal (Sarl et SAS en France, UG, une sous-forme de la GmbH, en Allemagne), des statuts très simples peuvent être rédigés et la création peut être réalisée rapidement. En Allemagne, existe même la pratique d'acheter des sociétés coquilles vides, qui sont « prêtes à l'emploi ».

Les obstacles ou craintes pour une entreprise d'investir dans un autre Etat membre semblent soit être liés à d'autres soucis pratiques, soit se situer dans d'autres domaines juridiques.

Parmi les éléments d'ordre pratique, on peut nommer :

- Pour la création de sociétés, l'étape la plus longue semble actuellement être celle de l'ouverture d'un compte bancaire pour y déposer le capital social. En effet, les banques se concentrent davantage sur les grands comptes. L'ouverture du compte avec la vérification des bénéficiaires effectifs peut prendre beaucoup de temps, alors que la création de la société elle-même aurait pu être rapide.
- En Allemagne, la signature de l'acte notarié comporte également une certaine lourdeur pour les créateurs d'entreprise, bien que l'on puisse l'organiser avec des pouvoirs. Des solutions de signature notariée à distance devraient *a priori* être à disposition à terme.

Les problématiques juridiques évoquées régulièrement par les entreprises comme étant un certain frein pour leurs investissements sont notamment :

- les difficultés liées à la complexité du droit social en France ;
- même avant ou en dehors de la création d'une filiale en France, les dispositions relatives au détachement de personnel ;
- le risque de responsabilité des dirigeants des entreprises, notamment quand les dirigeants sont à l'étranger, et quand la filiale rencontre des difficultés financières ;
- le droit pénal des affaires qui peut être plus sévère en France qu'en Allemagne.

2. L'avant-projet relatif à la société européenne simplifiée (SES)

a) Avantages et inconvénients d'une nouvelle forme de société

En dépit des réserves émises ci-dessus, l'option de créer une société européenne simplifiée comme proposée par l'Association Henri Capitant (le « Projet ») aurait plusieurs avantages qui seraient appréciés dans la pratique :

- Il y aurait moins le besoin d'être conseillé lors de la création d'une société dans un autre Etat membre puisque l'investisseur serait familier avec cette forme sociale.



- Les groupes ayant plusieurs filiales en Europe pourraient utiliser la même forme sociale pour toutes leurs filiales, avec un même modèle de base de sociétés pour ces différentes filiales, les différences entre les droits nationaux se limitant aux points qui sont, selon le Projet, toujours dans la compétence des Etats Membres. En effet, les clients nous demandent parfois d'adapter leur modèle de statut (par exemple d'une GmbH) à une SAS, ce qui peut être un exercice complexe.

Toutefois, il faudrait voir dans la pratique dans quelle mesure les investisseurs choisiraient cette nouvelle forme sociale. En effet, en cas d'introduction de cette nouvelle forme de société, les entreprises risqueront d'avoir à recourir à un besoin de conseil plus important pour cette forme que pour les formes classiques déjà connues, étant donné qu'elles devront se familiariser avec ce nouveau droit.

Le Projet renvoie pour certains points au droit national de la forme sociale de référence (donc droit des sociétés). Le droit national n'est écarté que partiellement. L'étendue de ce renvoi et l'interprétation des nouvelles règles poseront encore de multiples questions qui ne seront résolues que progressivement, au fur et mesure de la constitution d'une jurisprudence. On aurait par ailleurs souhaité que ces renvois soient encore plus limités. Mais cela est l'inconvénient de chaque réforme et ne devrait pas être l'élément décisif.

b) Commentaires sur le projet

Les développements suivants viennent apporter des éclairages à certains points du Projet qui mériterait une analyse approfondie. Ils ne se veulent en aucun cas un commentaire exhaustif du Projet.

- La SES s'inspire largement de la SAS, mais en prenant en compte certains éléments de la GmbH, ce qui constitue une très bonne approche, ces deux formes de sociétés ayant beaucoup de points forts. Cette approche facilitera aussi l'adoption d'un tel régime notamment par l'Allemagne, attachée à certains principes de la GmbH.
- **Art. 1.1.2 Droit applicable.** Les dispositions relatives à la participation des salariés semblent selon cet article être régies par la loi de la forme sociale de référence du siège statutaire, et le cas échéant, celle du siège réel. Par ce biais, chaque Etat membre pourra continuer à appliquer sur ces questions ses dispositions, ce qui évite le mécanisme très complexe de la SE. Il sera également plus simple pour les Etats membres d'accepter cette forme de société. Dans le détail, les renvois devraient être clarifiés.
- **Art. 2.1.3 Capital Social.**
 - o Il pourra être clarifié que la société puisse déposer les fonds de l'apport en numéraire dans un établissement de crédit établi dans l'UE, et pas forcément dans l'Etat membre du siège statutaire, de façon à éviter les problèmes liés à l'ouverture du compte bancaire décrit plus haut.
 - o Le point suivant si l'apport d'une créance est à considérer comme un apport en numéraire ou en nature devra être davantage clarifié. De plus, se pose la question de savoir si les dispositions allemandes de la GmbH relatives à l'« apport en nature occulte » restent applicables. Ces dispositions sont très complexes et sources d'erreurs pour les entreprises.
 - o Tout apport en nature devra être libéré entièrement.
- **Art. 2.1.5 Siège Social.** La dissociation entre le siège statutaire et le siège réel est à rediscuter, notamment en matière de responsabilité civile (cf. Art 3.1.5 al 5), cette possibilité invite potentiellement au *law shopping*.



- **Art. 3.1.1 et suivants, Organisation de la SES.** Je partage pleinement l'idée d'instituer d'autres organes d'une part et la possibilité de mettre en place des directeurs généraux avec double signature d'autre part. Ce dernier élément est très important pour les entreprises allemandes habituées au « principe des quatre yeux » qui ne trouvent pas de correspondant dans les sociétés françaises aujourd'hui.
- **Art. 3.1.5 Responsabilité du Directeur Général.** Dans l'alinéa 2, la « *business judgment rule* » ne s'applique que si le directeur général agit en dehors de « tout conflit d'intérêts ». Cette limitation est compréhensible, mais elle devrait être revue aussi en fonction des articles 3.1.6 et 3.1.11.
- **Art 3.1.6 Groupe de sociétés.** Le fait d'introduire des dispositions relatives à un groupe de sociétés est à saluer, car de telles dispositions n'existent que partiellement en droit français et sont très importantes dans la réalité des entreprises. Toutefois, ces dispositions mériteraient encore plus de développement, par exemple est-ce qu'un groupe peut aussi exister en cas de contrôle *de facto* sans majorité de droits de vote ? Selon quelles règles, un contrat établi pour supporter les pertes (*Gewinnabführungsvertrag*, Art. 3.1.6 al 3) pourra-il être signé ? Quelle est la relation entre cette disposition et l'article 3.1.5 relatif aux conflits d'intérêts ?
- **Art. 3.1.15 Droit de Retrait.** Il est important qu'un droit de retrait existe. On pourra considérer aussi un droit de retrait dans une situation de blocage entre actionnaires. En effet, une situation de blocage peut être particulièrement difficile dans une joint-venture ou une entreprise familiale, même égalitaire.
- **Art. 4.1.1. Distributions.** Ce régime concernant la distribution semble être inspiré du droit allemand concernant le « remboursement caché des apports ». Ce point est très important en pratique, et doit être vu aussi dans le contexte du droit des groupes. En effet, les contrats intra-groupes comme le cash pooling, ou les sûretés accordées par certaines sociétés appartenant à un groupe pour les dettes d'autres sociétés du groupe, sont très répandus dans la pratique, et constituent un risque important, notamment pour les dirigeants qui signent ces contrats et qui font les paiements. Il serait aussi important de donner une préférence à une obligation de remboursement, le cas échéant, au lieu d'appliquer d'emblée le droit pénal.
- **Article 4.1.2 Augmentation de capital social - financement.** Il pourrait être intéressant de permettre aussi en droit français un financement, comme en droit allemand, par le biais d'un paiement dans les réserves de capital. Ces paiements renforcent les capitaux propres de la société, sans pour autant être assujettis aux dispositions plus rigides du capital social. Il devrait être clarifié dans quelle mesure la SES pourrait émettre des titres donnant accès au capital. Ceci est notamment un grand avantage de la SAS qu'il serait important de garder.

Même si le projet de la création d'une SES ne devait pas aboutir, il est à espérer que les importants travaux sur ce projet seront source d'inspiration pour les législateurs nationaux afin d'améliorer leurs propres droits, par exemple celui de la SAS et de la GmbH, avec les solutions intéressantes qu'offre l'autre droit national.

Paris, le 23 février 2021

Dr. Antje LUKE