

28-ème Régime, réponse à la consultation de la Commission

I/ Introduction

Nous nous réjouissons que la Commission européenne ait engagé une réflexion sur l'harmonisation du droit des affaires au sein de l'Union européenne.

Repris par les Rapports Letta et Draghi, le sujet a été porté dès 2016 par un collectif de juristes de l'Association Henri Capitant, avec le soutien entre autres de la Fondation pour le droit continental.

Les avantages attendus d'une telle défragmentation des droits des affaires et des marchés correspondants sont :

- le renforcement de la souveraineté et de la compétitivité européennes ;
- la réalisation d'économies d'échelles et la facilitation de la croissance transfrontalière ;
- l'amélioration de l'accès aux marchés de capitaux ;
- et plus généralement, l'établissement d'un marché véritablement intégré (un marché / un droit).
- la réduction des coûts pour les entreprises ;
-

Nous regrettons toutefois **l'imprécision** qui entoure pour l'heure l'emploi de l'expression de « 28ème régime » dans la présente consultation.

Outre que cette appellation deviendra aussitôt **obsolète** en cas d'évolution du nombre d'États membres, elle laisse entendre que l'on créerait un régime « à côté » de celui des 27, sans État membre, ni citoyens, ni territoire : il en résulte un caractère possiblement « **désincarné** ».

Par 28^{ème} régime, on devrait donc entendre l'adoption d'un **ensemble de règles européennes optionnelles, unifiées et directement applicables** de nature à constituer un régime commun aux États membres, soit un « **régime européen optionnel** » permettant à toute entreprise, quelle que soit sa taille ou son secteur, de choisir d'opérer sous un cadre juridique européen harmonisé, en alternative au droit national de chaque État membre.

II/ Caractères du « 28^{ème} régime »

Partant, ce « 28^{ème} régime » devrait présenter plusieurs caractères :

- **ouverture à toutes les entreprises** : le 28^e régime doit être **ouvert à l'ensemble des sociétés** immatriculées dans l'Union européenne, sans restriction de taille, de secteur, de type d'activité ou de nationalité des fondateurs ; en particulier, en limiter le périmètre aux seules entreprises dites « innovantes » constituerait une erreur majeure et engendrerait une insécurité juridique pouvant ruiner l'attractivité du nouveau dispositif : cela introduirait des effets de *seuils* et délivrerait un message *d'exclusion* vis-à-vis des entreprises qui ne seraient pas jugées « innovantes » ; en particulier, ce régime doit concerner non seulement start-ups, TPE et PME, mais aussi ETI ou grands groupes ;
- **optionnalité pour les entreprises et non pour les Etats** : il doit s'agir d'un régime **optionnel pour les entreprises mais obligatoire pour les Etats membres** ; dans les matières ne relevant pas de la compétence exclusive de l'Union (telle le droit de la concurrence), chaque entreprise doit en effet rester pleinement libre d'opter pour le droit national ou pour le régime unifié européen, suivant ses besoins et sa stratégie de développement ; au contraire, les Etats membres ne sauraient faire l'économie d'une réception de ce régime européen unifié dans leur droit, la voie du **règlement** devant être préférée à celle des directives toutes les fois que cela sera possible ;
- **consolidation des principes généraux du droit de l'Union Européenne applicables aux sociétés** : le 28^{ème} régime ne doit pas remettre en cause les acquis communautaires qui doivent être, au contraire, consolidés et prolongés par l'introduction d'une nouvelle forme sociétaire
- **préfiguration d'un Code européen des affaires de portée plus générale** : l'appel à consultation se focalise pour l'heure sur le droit des sociétés ; toutefois la fragmentation des marchés ne se réduit pas à une fragmentation des droits des sociétés des 27 Etats membres ; il importe donc que la Commission européenne ait une ambition et une **vision à plus long terme** ; ce 28^{ème} régime doit à terme pouvoir couvrir l'ensemble des aspects du droit des affaires nécessaires à la vie et à la croissance des entreprises européennes en intégrant en particulier et sans exhaustive les questions de financement, sûretés, marchés financiers, procédures collectives ou encore fiscalité de l'innovation, etc. A cet égard, la Commission européenne devrait intégrer les **atouts d'une codification du droit des affaires à une échelle « régionale »**, sur le modèle des précédents menés dans des pays de tradition continentale (zone **OHADA**) ou non (aux

Etats-Unis : **UCC et US Code**). La codification présente en effet l'avantage de la sécurité juridique offerte par un texte écrit accessible à tous et de l'efficacité économique via une codification unificatrice qui facilite l'intégration des marchés.

III/ Projet de Code européen des affaires

Ces atouts ont conduit l'Association Henri Capitant à mobiliser près d'une centaine de juristes de l'Union européenne, en toute indépendance, pour proposer un avant-projet de Code européen des affaires comprenant 13 Livres :

Livre 1 – [Droit commercial général](#)

Livre 2 – [Droit du marché](#)

Livre 3 – [Droit du commerce électronique](#)

Livre 4 – [Droit des sociétés](#)

Livre 5 – [Droit des sûretés](#)

Livre 6 – [Droit de l'exécution](#)

Livre 7 – [Droit de l'insolvabilité](#)

Livre 8 – [Droit bancaire](#)

Livre 9 – [Droit des marchés financiers](#)

Livre 10 – [Droit de la propriété intellectuelle](#)

Livre 11 – [Droit du travail](#)

Livre 12 – [Droit des contrats d'assurance](#)

Livre 13 – [Droit fiscal \(dont fiscalité de la société européenne innovante\)](#)

Ces avant-projets de textes sont autant de **sources d'inspiration** pour faciliter un prompt travail de la Commission européenne.

IV/ Eléments de réponse en droit des sociétés

La société européenne simplifiée (SES) ou *Societas Europaea Simplificata* doit être la première pierre du 28ème régime. En effet, la lourdeur du régime de l'actuelle société européenne (SE), l'impossibilité de la constituer ab initio et son coût d'accès de 120.000 euros l'ont rendu inaccessible au plus grand nombre. Elle est pratiquement réservée aux grandes entreprises. Or, les entrepreneurs européens expriment depuis longtemps le désir de pouvoir constituer une société très souple, à l'image de la SAS française.

Comment, par ailleurs, se sentir pleinement européen et commercer sur un marché unique alors que la constitution d'une société – première pierre de toute entreprise - est de se placer dans un type sociétaire purement national (SAS, BV, GmbH, etc.) ? Or, une activité qui naît « nationale » et non européenne le restera trop souvent.

D'où est le projet de Société européenne simplifiée ou SES faisant l'objet de dispositions très complètes de l'avant-projet de Livre 4 relatif au droit des sociétés, dont chacun des éléments de l'acronyme revêt une signification particulière :

- **Une société** ... d'abord : la SES compléterait le panel très insuffisant des types sociétaires européens (SE, GEIE, SCE) par une *nouvelle forme de société adaptée aux petites et moyennes entreprises*. La SES est une société de capitaux à responsabilité limitée, indifféremment pluripersonnelle ou unipersonnelle, qui serait dix fois plus accessible que la SE, puisque 12.000 euros de capital social seulement seraient nécessaires pour sa constitution (libérables du quart immédiatement et du solde sous 5 années) ;
- ... **européenne** ensuite, la SES le serait à un triple point de vue. Juridiquement, elle serait soumise à un chapitre de dispositions européennes qui lui seraient propres et, *subsidièrement* seulement au droit national de l'Etat d'immatriculation (forme des statuts et de la cession des actions, notamment). Economiquement, elle contribuerait grandement à l'intégration du marché commun, favoriserait les échanges transfrontaliers et pourrait être choisie dans tous les États membres, tout en facilitant la gestion de groupes européens de sociétés. Politiquement, elle inviterait les fondateurs de SES à voir l'Union comme un espace de liberté d'entreprendre, en initiant leur activité économique sous l'empire d'un outil offert par l'Union ;
- **Simplifiée** enfin : l'attractivité et la simplicité de la SES tiennent à la grande **liberté statutaire** qui lui serait reconnue ; les dispositions proposées limitent les règles impératives (mentions obligatoires des statuts, unanimité pour porter atteinte à la libre cession des actions, protection des minoritaires) et se contentent d'instituer une direction générale dotée d'un vaste pouvoir légal de représentation, tout en invitant les statuts à adopter des règles sur certaines questions importantes et, surtout, à convenir librement de l'organisation et du fonctionnement de la SES au plus près des attentes de ses fondateurs ; toutefois, une réserve fondamentale des règles impératives nationales (travail, fiscal, pénal, insolvabilité) a tendu d'emblée à **prévenir tout dumping social ou fiscal** ; en particulier, il a été suggéré dans l'avant-projet relatif à la SES que les questions de **cogestion et de participation des travailleurs** soient régies par le droit applicable au siège réel de l'entreprise.

V/ Autres instruments optionnels essentiels

Le financement de la SES doit être facilité par d'autres instruments qui comptent déjà au nombre des propositions rédactionnelles du projet de Code européen des affaires :

- **Un prêt européen** : un contrat de mise à disposition de fonds ou de promesse de mise à disposition de fonds par une entreprise au profit d'une autre de nature à libérer les financements transfrontaliers et interentreprises (financement bancaire principalement mais non exclusivement des entreprises européennes) ;
- Des **sûretés européennes** susceptibles de garantir un tel prêt européen ou tout autre crédit : eurocautionnement, eurogarantie autonome, eurogage etc.
- **La possible émission d'obligations européennes** : une émission d'obligations européennes (ce que ne sont pas les « eurobonds ») serait un élément de consolidation de l'union de l'épargne et des investissements en permettant l'émergence d'un véritable marché européen obligataire au service du financement non bancaire des entreprises européennes.
- **Cession européenne de créances** : un corps synthétique de règles uniformes permettant d'éviter les conflits des lois en matière de cessions de créances et de faciliter la mobilisation des créances en tant que valeurs ou sûretés dans toute l'Union.
- **La possibilité d'obtenir une déduction fiscale pour les dépenses de recherches et développement** : Pour accompagner l'innovation, il conviendrait de créer un **nouveau régime fiscal européen**. Une super-déduction harmonisée dans l'UE égale au double des dépenses éligibles de recherche et développement (s'ajoutant par exemple au crédit d'impôt recherche français) pourrait ainsi accompagner la création de futures licornes européennes.