

Note en réponse à la consultation européenne sur le 28ème régime / Response to the European consultation on the 28th regime (FR/EN)

(French Version)

I/ Présentation de l'Association Henri Capitant et de la Fondation pour le droit continental

L'Association Henri Capitant a été fondée en 1935, sous l'autorité de Henri Capitant, Professeur à la Faculté de droit de Paris, par un groupe de juristes de différents pays européens. L'Association est reconnue d'utilité publique en France, par décret du Gouvernement en Conseil d'État en date du 12 juillet 1939. Elle conseille les législateurs français, européens ou étrangers qui souhaitent bénéficier de son expertise en matière de travaux législatifs.

La Fondation pour le Droit Continental, reconnue d'utilité publique, a été créée en 2007 à l'issue d'un partenariat entre les pouvoirs publics et les acteurs du monde universitaire, juridique et économique. Son objectif est de mettre en valeur et de contribuer à l'influence du droit continental, ce droit et cette culture ancrés dans la civilisation et les valeurs de l'Europe. Son action au plan européen consiste à faire des propositions de solutions juridiques innovantes afin de renforcer l'Union Européenne au plan économique et géopolitique.

II/ 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.

Il s'agit là d'un levier majeur de consolidation et de performance du marché intérieur en direction du tissu productif, spécialement pour lever les « droits de douanes internes » que l'Europe a imposé à ses entreprises (TPE, PME, ETI,) faute d'un régime juridique unifié.

Repris par les Rapports de MM. 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 drastique des coûts liés à la complexité pour les entreprises ;

Nous regrettons toutefois **l'imprécision** qui entoure pour l'heure l'emploi de l'expression de « 28^{ème} 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 unifiées, optionnelles, 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.

III/ 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 États** : il doit s'agir d'un régime **optionnel pour les entreprises mais obligatoire pour les États 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 États membres ne sauraient faire l'économie d'une réception de ce régime européen unifié dans leur droit domestique, 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 États 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 États-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.

IV/ 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.

Pour prendre connaissance des travaux, cliquez sur le lien suivant :
<https://www.henricapitant.org/actions/projet-de-code-europeen-des-affaires-2/>.

V/ Éléments 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, *subsidiativement* seulement au droit national de l'État 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.

VI/ 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.

Contacts

Anne-Charlotte Gros (Fondation pour le droit continental)

acgros@fondation-droitcontinental.org – Mob. : + 33 6 12 57 57 59

Philippe Dupichot (Association Henri Capitant)

philippe.dupichot@henricapitant.org

Response to the European consultation on the 28th regime

(English version)

I/ Presentation of Association Henri Capitant and the Civil Law Foundation (Fondation pour le droit continental)

Association Henri Capitant was founded in 1935, under the authority of Henri Capitant, Professor at the Faculty of Law in Paris, by a group of jurists from various European countries. The Association was recognized as being of public utility in France by decree of the Government in the Council of State on July 12, 1939. It advises French, European and foreign legislators who wish to benefit from its expertise in legislative matters.

The Civil Law Foundation (Fondation pour le Droit Continental) recognized as being of public interest, was established in 2007 as the result of a partnership between public authorities and stakeholders from academic, legal and business sectors. Its aim is to promote and contribute to the influence of continental law, a law and culture rooted in European civilization and values. Its work at European level involves proposing innovative legal solutions to strengthen the European Union economically and geopolitically.

II/ Introduction

We are delighted that the European Commission has initiated a process of reflection on the harmonisation of business law within the European Union.

This is a key factor in consolidating and improving the performance of the internal market in terms of the productive fabric, particularly with regard to removing the 'internal customs duties' that Europe has imposed on its companies (very small enterprises, small and medium-sized enterprises, and mid-cap companies) due to the absence of a unified legal system.

Taken up by the Reports of Messrs Letta and Draghi, the subject was brought up in 2016 by a group of lawyers from the Henri Capitant Association, with the support of the Foundation for Continental Law, among others.

The expected benefits of such defragmentation of business laws and corresponding markets are:



- strengthening European sovereignty and competitiveness;
- the drastic reduction in costs associated with complexity for businesses;
- achieving economies of scale and facilitating cross-border growth;
- improving access to capital markets;
- and more generally, the establishment of a truly integrated market (one market/one law).

However, we are disappointed that the use of the term "28th regime" in this consultation is currently **inaccurate**.

Apart from the fact that this name will immediately become **obsolete** if the number of Member States changes, it suggests that a regime would be created "alongside" that of the 27, without Member States, citizens or territory: this may result in a "**disembodied**" nature.

The 28th regime should therefore be understood to mean the adoption of a **set of unified, optional and directly applicable European rules** capable of establishing a common regime for the Member States, or **an "optional European regime"** allowing any company, regardless of its size or sector, to choose to operate under a harmonised European legal framework, as an alternative to the national law of each Member State.

III/ Characteristics of the "28th regime"

Therefore, this "28th regime" should have several characteristics:

- **openness to all companies:** the 28th regime must be **open to all companies** registered in the European Union, without any restrictions on size, sector, type of activity or nationality of the founders; in particular, limiting its scope to so-called "innovative" companies would be a major mistake and would create legal uncertainties that could ruin the attractiveness of the new system: this would introduce *threshold* effects and send a message of *exclusion* to companies that are not be considered "innovative"; in particular, this regime must concern not only start-ups, VSEs and SMEs, but also mid-sized companies or large groups;
- **optionality for companies and not for States:** this must be an **optional regime for companies but mandatory for Member States**; in matters not falling within the exclusive competence of the Union (such as competition law), each company must remain fully free to choose between national law or the unified European regime, according to its needs and development strategy; on the contrary, Member States must not avoid incorporating this unified European



regime into their domestic law, with **regulation** being preferred to directives wherever possible;

- **consolidation of the general principles of European Union law applicable to companies:** the 28th regime must not call into question the community knowledge, which must, on the contrary, be consolidated and extended by the introduction of a new corporate form

- **prefiguration of a more general European Business Code:** the call for consultation currently focuses on company law; however, the fragmentation of markets does not boil down to a fragmentation of the company laws of the 27 Member States; it is therefore important for the European Commission to have a **longer-term ambition and vision**; this 28th regime must ultimately be able to cover all aspects of business law necessary for the life and growth of European companies by including in particular and without being exhaustive questions of financing, securities, financial markets, insolvency procedures or even taxation of innovation, etc. In this respect, the European Commission should integrate the **advantages of a codification of business law on a "regional" scale**, on the model of precedents carried out in countries with a continental tradition (**OHADA** zone) or not (in the United States: **UCC and US Code**). Codification has the advantage of legal certainty offered by a written text accessible to all and of economic efficiency through a unifying codification that facilitates the integration of markets.

IV/ Draft European Business Code

These strengths led the Henri Capitant Association to mobilise nearly a hundred lawyers from the European Union, independently, to propose a preliminary draft European Business Code comprising 13 Books:

- Book 1 – [General Commercial Law](#)
- Book 2 – [Market Law](#)
- Book 3 – [E-Commerce Law](#)
- Book 4 – [Company Law](#)
- Book 5 – [Law of Security Interest](#)
- Book 6 – [Enforcement Law](#)
- Book 7 – [Insolvency Law](#)
- Book 8 – [Banking Law](#)
- Book 9 – [Financial Markets Law](#)
- Book 10 – [Intellectual Property Law](#)
- Book 11 – [Labour Law](#)



Book 12 – [Insurance Contract Law](#)

Book 13 – [Tax Law](#)

These preliminary draft texts are **sources of inspiration** to facilitate prompt work by the European Commission.

Please click on the following link to view the draft texts:
<https://www.henricapitant.org/actions/draft-european-business-code/>.

V/ Initial response for company law

The simplified European company or *Societas Europaea Simplificata* (SES) must be the cornerstone of the 28th regime. Indeed, the cumbersome nature of the current European company (SE) regime, the impossibility of setting it up *ab initio* and its access cost of 120,000 euros have made it inaccessible to the majority of people. It is practically reserved for large companies. However, European entrepreneurs have long expressed the desire to be able to form a very flexible company, like the French SAS.

How, moreover, can one feel fully European and trade in a single market when the establishment of a company - the cornerstone of any business - is to operate under a purely national corporate structure (SAS, BV, GmbH, etc.)? However, an activity that is born "national" and not European will too often remain so.

Where does the draft Simplified European Company or SES come from? It is the subject of very comprehensive provisions in the preliminary draft of Book 4 relating to company law and each of the elements of the acronym has a particular meaning:

- **A company...** first of all: the SES would complement the very insufficient range of European corporate types (SE, EEIG, SCE) with a *new form of company suited to small and medium-sized enterprises*. The SES is a limited liability company, whether multi-person or single-person, that would be ten times more accessible than the SE, since only 12,000 euros of share capital would be required for its formation (with a quarter being payable immediately and the remainder within 5 years);
- ... then **European**, the SES would be European from a triple point of view. Legally, it would be subject to a chapter of European provisions specific to it and, only *subsidiarily*, to the national law of the State of registration (form of the articles of association and the transfer of shares, in particular).



Economically, it would greatly contribute to the integration of the common market, promote cross-border trade and could be chosen in all Member States, while facilitating the management of European groups of companies. Politically, it would invite the founders of SES to see the European Union as an area of freedom of enterprise, by initiating their economic activity under the influence of a tool offered by the EU;

- ***Simplified*** finally: the attractiveness and simplicity of the SES is due to the great **statutory freedom** that it would have; the proposed provisions limit the mandatory rules (mandatory mention of the articles of association, unanimity to undermine the free transfer of shares, protection of minority interests) and simply establish a general management with a wide legal power of representation, while inviting the articles of association to adopt rules on certain important issues and, above all, to freely agree on the organisation and operation of the SES as close as possible to the expectations of its founders; however, a fundamental reservation of the national mandatory rules (labour, tax, criminal, insolvency) tended from the outset to **prevent any social or tax dumping**; in particular, it was suggested in the preliminary draft relating to the SES that issues of **co-management and employee participation** be governed by the law applicable to the actual registered office of the company.

VI/ Other key optional instruments

The financing of the SES must be facilitated by other instruments that are already among the drafting proposals of the draft European Business Code:

- **A European loan:** a contract for the provision of funds or a promise to provide funds by one company for the benefit of another, likely to free up cross-border and inter-company financing (bank financing mainly, but not exclusively for European companies);
- **European collateral** likely to guarantee such a European loan or any other credit: Euro-guarantee, Autonomous Euro-guarantee, Euro-pledge, etc.;
- **The possible issue of European bonds:** an issue of European bonds (which are not "eurobonds") would be an element of strengthening the union of savings and investments by allowing the emergence of a genuine European bond market to support the non-bank financing of European companies.



- **European Assignment of Receivables:** a synthetic body of uniform rules to avoid conflicts of laws in matters of assignments of receivables and to facilitate the mobilisation of receivables as securities or collateral throughout the European Union.
- **The possibility of obtaining a tax deduction for research and development expenses:** To support innovation, a new **European tax regime should be created**. A harmonised super-deduction in the EU equal to double the eligible research and development expenses (in addition, for example, to the French research tax credit) could support the creation of future European unicorns.

Contacts

Anne-Charlotte Gros (Civil Law Foundation /Fondation pour le droit continental)

acgros@fondation-droitcontinental.org - Mob. + 33 6 12 57 57 59

Philippe Dupichot (Association Henri Capitant)

philippe.dupichot@henricapitant.org