

Grenzüberschreitende Zusammenarbeit in der Großregion

Le présent ouvrage réunit les contributions écrites faisant suite au colloque « La coopération transfrontalière en Grande Région : état des lieux » organisé par le Centre juridique franco-allemand de l'Université de la Sarre le 11 octobre 2013, en coopération avec l'Institut François Géný de l'Université de Lorraine, avec le soutien déterminant de l'Université franco-allemande. Ces actes sont proposés en version bilingue intégrale. Ils réunissent dix-sept contributions portant sur de nombreux aspects de la coopération transfrontalière. / Das vorliegende Werk umfasst die schriftlichen Beiträge zum Kolloquium „Grenzüberschreitende Zusammenarbeit in der Großregion: eine Bestandsaufnahme“, welches vom Centre juridique franco-allemand am 11. Oktober 2013 in Saarbrücken in Zusammenarbeit mit dem Institut Francois Géný der Universität de Lorraine sowie mit der maßgeblichen Unterstützung der Deutsch-Französischen Hochschule veranstaltet wurde. Diese Beiträge wurden in vollem Umfang übersetzt. Die 17 einzelnen Beiträge setzen sich mit sehr unterschiedlichen Aspekten der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit auseinander.



Als zweisprachige Institution nimmt das Centre juridique franco-allemand der Universität des Saarlandes seit über sechzig Jahren Lehr- und Forschungsaufgaben im Bereich des deutschen und des französischen Rechts sowie der Rechtsvergleichung wahr. www.cjfa.eu



978-3-639-56094-7

Grenzüberschreitende Zusammenarbeit

Philippe Cossalter (Hrsg.)



Philippe Cossalter (Hrsg.)

Grenzüberschreitende Zusammenarbeit in der Großregion

La coopération transfrontalière en Grande
Région



Editions juridiques
franco-allemandes

**Collection Revue générale du droit -
www.revuegeneraledudroit.eu**

Série Colloques

Collection dirigée par Philippe Cossalter

Agrégé des facultés de droit

Chaire de droit public français de l'Université de la Sarre

<http://foer.cjfa.eu>

Philippe Cossalter (Hrsg.)

**Grenzüberschreitende
Zusammenarbeit in der Großregion**

La coopération transfrontalière en Grande Région

Editions juridiques franco-allemandes

Impressum / Mentions légales

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek: Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle in diesem Buch genannten Marken und Produktnamen unterliegen warenzeichen-, marken- oder patentrechtlichem Schutz bzw. sind Warenzeichen oder eingetragene Warenzeichen der jeweiligen Inhaber. Die Wiedergabe von Marken, Produktnamen, Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen u.s.w. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutzgesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Information bibliographique publiée par la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek inscrit cette publication à la Deutsche Nationalbibliografie; des données bibliographiques détaillées sont disponibles sur internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Toutes marques et noms de produits mentionnés dans ce livre demeurent sous la protection des marques, des marques déposées et des brevets, et sont des marques ou des marques déposées de leurs détenteurs respectifs. L'utilisation des marques, noms de produits, noms communs, noms commerciaux, descriptions de produits, etc, même sans qu'ils soient mentionnés de façon particulière dans ce livre ne signifie en aucune façon que ces noms peuvent être utilisés sans restriction à l'égard de la législation pour la protection des marques et des marques déposées et pourraient donc être utilisés par quiconque.

Coverbild / Photo de couverture: www.ingimage.com

Verlag / Editeur:

Editions juridiques franco-allemandes
ist ein Imprint der / est une marque de

OmniScriptum GmbH & Co. KG

Bahnhofstraße 28, 66111 Saarbrücken, Deutschland / Allemagne

Email: info@omniscryptum.com

Für die Publikation verantwortlich / Responsable de la publication:

Association "Editions juridiques franco-allemandes"

contacts@ejfa-editions.eu

Herstellung: siehe letzte Seite /

Impression: voir la dernière page

ISBN: 978-3-639-56094-7

Copyright / Droit d'auteur © Philippe Cossalter (Hrsg.)

Copyright / Droit d'auteur © 2016 OmniScriptum GmbH & Co. KG

Alle Rechte vorbehalten. / Tous droits réservés. Saarbrücken 2016

L'implantation de sociétés commerciales en Grande
Région : harmonisation européenne et particularismes
nationaux. L'éclairage du droit comparé.

Liliane NAU*

* Maître de conférences en droit privé, Faculté de droit de Nancy – Université de Lorraine, Institut François Génys EA 7301.

Selon un rapport présenté en octobre 2011 en session plénière du Conseil économique, social et environnemental de Lorraine¹, l'Allemagne est le 1^{er} investisseur étranger en Lorraine. Parmi les chiffres éloquentes mentionnés dans ce rapport, relevons plus particulièrement ceux qui soulignent l'importance des implantations de sociétés à capitaux allemands sur le territoire français en Grande Région et notamment dans les départements lorrains. Un constat réciproque peut également être fait quant aux implantations françaises outre Rhin.

Cette réalité économique ne manque pas d'interpeler le juriste : une telle implantation, qu'elle soit de part ou d'autre de la frontière, suppose le rachat d'une entreprise pré-existante ou bien la création d'une entreprise nouvelle. Une vérité de La Palisse, certes, mais qui soulève tout de même bon nombre de questions juridiques autrement moins évidentes, portant notamment sur l'opération de rachat de parts sociales ou d'actions de la société convoitée, ou bien, en cas de projet de création d'entreprise, sur le choix de la forme de société la plus pertinente, dernier aspect sur lequel nous nous arrêterons plus particulièrement.

Bien que de nombreuses directives européennes aient contribué à une large harmonisation des législations des Etats membres en matière de droit des sociétés, le panorama apparemment familier des formes juridiques proposées par le droit français et le droit allemand (I) reste émaillé de très nets particularismes dont il vaut mieux être averti en tant que créateur d'entreprise sur le territoire voisin (II) ...

En un temps de parole limité, et en laissant à ma collègue F. Mansuy le soin d'exposer les différentes réponses proposées par le droit européen à la question des formes de coopération des entreprises en Grande Région, cette courte contribution envisage simplement de mettre en évidence, par un éclairage de droit comparé, quelques 'réflexes conditionnés' dont il faudra se départir sur le territoire voisin. Il ne s'agit pas d'analyser le détail de chaque législation – même si 'le diable est dans les détails' ! –

¹ Conseil économique, social et environnemental de Lorraine, rapport du 19 octobre 2011- *L'Allemagne, partenaire incontournable de la Lorraine.*

mais plutôt de livrer quelques réflexions quant à l'utilisation concrète des différentes formes de sociétés en Grande Région.

1. De l'harmonisation européenne des législations...

La tentation est grande de penser qu'un créateur d'entreprise pourra plus ou moins raisonner de la même manière, peu important qu'il conduise son projet sur le territoire français ou allemand. En effet les législations respectives en matière de sociétés commerciales sont à l'heure très largement harmonisées, ce qui devrait aisément pouvoir se vérifier en droit français et allemand des sociétés. Si l'on brosse un tableau simplifié des sociétés commerciales respectivement offertes, l'impression est *a priori* confirmée : droit français et droit allemand proposent des formes juridiques équivalentes. La terminologie elle-même n'est guère déroutante tant les similitudes y sont nombreuses.

Ainsi, si l'on s'en tient à une classification traditionnelle, on retrouve de part et d'autre les sociétés dites de personnes – Personengesellschaften – présentant l'avantage de la souplesse et de la simplicité mais avec pour contrepartie la responsabilité illimitée de ses associés, et les sociétés de capitaux – Kapitalgesellschaften – présentant quant à elles l'avantage d'une responsabilité limitée mais avec pour contrepartie davantage de contraintes.

A l'intérieur de chaque catégorie, la typologie apparaît tout aussi familière : la société en nom collectif – SNC – est l'homologue de la offene Handelsgesellschaft – OHG – ; la société en commandite simple – SCS – celle de Kommanditgesellschaft – KG – ; la société à responsabilité limitée – SARL – correspond la Gesellschaft mit beschränkter Haftung – GmbH – ; la société anonyme – SA – à la Aktiengesellschaft – AG – et la société en commandite par actions – SCA – à la Kommanditgesellschaft auf Aktien – KGaA –.

Quelques nuances commencent à poindre mais sans que cela vienne perturber outre mesure l'impression d'un ensemble harmonisé : la SARL française se distingue par son caractère hybride alors que la GmbH est une Aktiengesellschaft, la société par actions simplifiée française (SAS)

par son audacieuse originalité alors qu'aucune société allemande par actions n'autorise une telle liberté statutaire...

Tout paraît ainsi pour le mieux dans le meilleur des mondes frontaliers et le créateur d'entreprise peut donc, semble-t-il, avancer sereinement en terrain juridique connu. Et pourtant ...

Et pourtant, alors même que l'Union européenne aspire à unifier le droit des sociétés, alors même que les formes sociales semblent se répondre dans les législations respectives, la perception de la forme d'entreprise, du rôle de la société et du rôle du chef d'entreprise conduit à orienter le choix pour une même entreprise vers des formes sociales différentes de part et d'autre du Rhin.

Autrement dit, les critères qui, par exemple, désigneraient la SARL comme la forme juridique la plus adaptée pour telle entreprise en France ne conduiront pas nécessairement pour cette même entreprise à opter, en Allemagne, pour une GmbH.

A terme identique ne correspond pas une forme juridique à finalité identique et les exemples en ce sens ne manquent pas.

Par conséquent concevoir un projet sur le territoire voisin nécessite non seulement une connaissance fine des règles nationales respectives en matière juridique, fiscale, sociale, mais le 'décrochage' d'un certain nombre de réflexes conditionnés par sa propre législation nationale et des schémas de pensées induits.

2. ... Aux particularismes nationaux des applications.

A formes juridiques similaires, utilisations concrètes similaires ? Un rapide tour d'horizon démontre qu'il vaut mieux se garder d'un tel raccourci.

Si l'on commence par évoquer les sociétés commerciales de personnes – die Personengesellschaften – l'approche comparative révèle quelques surprises.

En France leur utilisation est plutôt limitée : elles ne représentent même pas 2% de l'ensemble des sociétés, toutes sociétés confondues.

La SNC française sert surtout pour les petites entreprises familiales qui souhaitent se doter d'une structure légère mais, à l'heure actuelle, elle se rencontre aussi là où on ne l'attendait pas a priori, à savoir dans les grands groupes de sociétés où elle sert à habiller certaines filiales du groupe, souplesse et transparence fiscale de la structure expliquant cette utilisation contemporaine. Quant aux SCS, elles sont tombées en quasi-désuétude.

En Allemagne, en revanche, les sociétés de personnes sont courantes, tant les OHG que les KG, et particulièrement la variante GmbH und Co KG, une SCS dont le seul associé commandité est une GmbH, combinaison qui permet de bénéficier de certains avantages de la société de personnes tout en contournant l'inconvénient de la responsabilité indéfinie de l'associé commandité. La SCS allemande est donc loin d'être anecdotique.

Quelques illustrations concrètes de l'utilisation des sociétés de personnes en région frontalière en témoignent : LIDL Allemagne est une GmbH und Co KG, son associé commandité est Schwarz Beteiligungs-GmbH. LIDL France est une SNC dont le siège est à Strasbourg. A l'inverse si la SCS est délaissée en France, la KG peut devenir attractive pour les implantations étrangères et notamment françaises en Allemagne : pour exemple l'usine Saint Gobain à Saarbrücken était jusqu'à encore récemment une GmbH und Co KG.

Ce choix n'est assurément pas anodin. Rappelons, entre autres, que les sociétés de personnes allemandes, et donc la KG, ne sont pas astreintes à la Mitbestimmung, cette fameuse cogestion bien ancrée dans les mœurs allemandes et beaucoup moins dans les esprits français...

En poursuivant cet inventaire, on constate que la forme juridique la plus répandue en France est la SARL tout comme la GmbH l'est en Allemagne. Tout semble ainsi suggérer que nous avons ici à faire à deux

formes ‘jumelles’ d’utilisation concrète similaire. D’ailleurs n’enseigne-t-on pas que la SARL française a été largement inspirée du modèle germanique ?

Mais ici encore il faut prendre garde aux assimilations hâtives : si la SARL est la forme juridique que le législateur français a spécialement formatée pour les PME, ce n’est pas pour autant le cas de la GmbH allemande, société également adaptée à de grandes entreprises, ces mêmes grandes entreprises pour lesquelles, en France, le choix de la SARL serait exclu pour s’orienter vers une SA ou une SAS. Les règles relatives à la SARL française encadrent une forme juridique hybride à mi-chemin entre la société de personnes et la société de capitaux alors que la GmbH allemande est considérée comme une Kapitalgesellschaft, même si la MoMiG, la loi sur la modernisation du droit de la GmbH intervenue en 2008 cherche à doper l’attractivité de la GmbH en permettant, entre autres, une sorte de ‘mini-GmbH’ simplifiée sans capital social minimum : la *Unternehmergesellschaft (UG)*, littéralement ‘la société d’entrepreneur’.

A suivre ses schémas de pensées familiers sans prendre garde aux particularismes respectifs, gare aux déconvenues ! Ainsi l’entrepreneur français associe le conseil de surveillance à la SA mais n’y voit certainement pas un organe de la SARL. Pourtant en fonction du nombre de salariés employés, cet organe peut devenir obligatoire dans une GmbH, *Mitbestimmung* oblige. L’associé français qui se sera efforcé de devenir majoritaire dans une GmbH allemande sera sans doute fort dépité d’apprendre que cela ne lui confère pas à coup sûr un poids décisif quant à la nomination du gérant : les statuts pourraient en effet confier celle-ci au conseil de surveillance/*Aufsichtsrat*. Il devra par ailleurs se familiariser avec le *Vier Augen Prinzip*, le ‘principe des quatre yeux’, et donc avec la présence fréquente du *Prokurist*, terme imparfaitement traduit par fondé de pouvoir, *Prokurist* qui peut représenter la société seul ou conjointement avec le gérant ou avec un autre *Prokurist* sans être pour autant un mandataire social.

A l’inverse son homologue allemand connaîtra lui aussi quelques surprises : habitué à ce que le gérant allemand / *Geschäftsführer* dispose

systématiquement d'un contrat de travail ou du moins d'un contrat de prestation de services, concomittant à sa nomination, il risque d'être très déconcerté par restrictions françaises quant au cumul de la fonction de dirigeant avec un contrat de travail.

Enfin considérons SA et AG, deux formes destinées en principe aux grandes entreprises. D'emblée, remarquons la similitude terminologique au niveau des organes sociaux : d'un côté la structure Vorstand-Aufsichtsrat et de l'autre celle, terminologiquement équivalente, du directeur-conseil de surveillance, inspiré une fois encore du modèle allemand. Mais la similitude s'arrête là : si toutes les AG allemandes utilisent cette structure, elle est au contraire très minoritaire dans les SA françaises auxquelles le législateur laisse le choix entre la structure classique - conseil d'administration avec président/directeur général - et la structure dite dualiste. Et il est à noter que la Mitbestimmung au sein de l'Aufsichtsrat reste une particularité allemande.

Par ailleurs, les statistiques soulèvent ici encore quelques interrogations étonnées : la France compte considérablement plus de SA que l'Allemagne ne compte d'AG. Est ce à dire qu'il y aurait en France considérablement plus de grandes entreprises qu'en Allemagne ? Ne rêvons pas...

L'explication vient une fois de plus de l'utilisation de la forme sociale : si en théorie les deux formes juridiques sont à l'origine bel et bien conçues pour les grandes entreprises, sur le terrain il n'en va concrètement pas de même.

En Allemagne ce sont plutôt les grandes entreprises, souvent cotées en bourse, qui choisissent la forme de la AG, même si la réforme de 1994 a cherché à la rendre plus attractive pour les PME en leur offrant avec la 'kleine AG' une alternative à la GmbH.

Alors qu'en France on trouve paradoxalement des SA de toute taille, et même de toute petite taille, autrement dit des entreprises pour qui ce vêtement juridique contraignant est en réalité inadapté. Ceci tient notamment au statut social et fiscal du dirigeant de SA, intéressant quelque soit le nombre d'actions détenues, par rapport à celui du gérant de SARL, dont le statut diffère selon qu'il est majoritaire ou non.

Et par la même occasion on touche un aspect, oh combien déterminant dans le choix de la société : les considérations d'ordre fiscal aux ramifications multiples...

Enfin, un petit mot de la dernière arrivée dans la législation française, la société par actions simplifiée – SAS –, qui n'a à proprement parler pas d'équivalent en droit allemand. Celle-ci a le 'vent en poupe' depuis que les créateurs d'entreprise ont compris comment jouer avec l'extraordinaire liberté statutaire qu'elle autorise, à tel point que le nombre des SAS dépasse maintenant celui des SA et qu'elles pourraient bien venir concurrencer les SARL.

Place donc à l'imagination aussi bien pour les entrepreneurs français sur leur propre territoire où la SAS connaît un succès fulgurant que pour les entreprises étrangères qui s'implantent en France. Nos partenaires allemands l'ont bien compris, à en juger par le nombre de SAS à capitaux allemands implantées en Lorraine : par exemple, dans le groupe Daimler-Chrysler AG, Smart France SAS implantée à Hambach (Moselle) ; dans le groupe TCB GmbH basé à Berlin, la société brasserie Champigneulle SASU implantée en Meurthe-et-Moselle (rachetée par le brasseur allemand Frankfurter Brauhaus fin 2006) ; dans le groupe Viessmann Werke GmbH und Co KG, Viessmann France SAS implantée à Faulquemont (Moselle) ; dans le groupe ThyssenKrupp AG, la ThyssenKrupp Presta France SAS implantée à Fameck et Florange.

En conclusion de ce rapide panorama, il apparaît que si l'harmonisation européenne facilite la coopération transfrontalière, elle n'en reste pas moins une harmonisation 'métissée' qui requiert une bonne connaissance de la langue du voisin, et au delà de ses règles juridiques, fiscales, sociales ainsi que de sa culture d'entreprise.

Cette constatation en entraîne une autre : l'indéniable besoin, en amont, d'un enseignement bi-culturel dans nos universités respectives pour ouvrir les esprits et affûter les compétences des futurs professionnels dont les réflexions et les conseils seront de plus en plus amenés à devenir transfrontières.