

**Europäisches Privatrecht in
Vielfalt geeint**

**Droit privé européen: l'unité
dans la diversité**

Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint

Einheitsbildung durch Gruppenbildung im
Unternehmensrecht?

Droit privé européen: l'unité dans la diversité

Convergences en droit de l'entreprise?

herausgegeben von / édité par

Olivier Cachard

Liliane Nau

s|e|l|p

sellier european law publishers

ISBN (print) 978-3-86653-210-6
ISBN (eBook) 978-3-86653-958-7

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

© 2012 by sellier european law publishers GmbH, München.

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Herstellung: Karina Hack, München. Satz: fidus Publikations-Service GmbH, Nördlingen. Druck und Bindung: AZ Druck und Datentechnik, Kempten. Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier. Printed in Germany.

Avant-propos

Le présent ouvrage est le second tome dédié au programme de recherche «Convergence des droits» commun aux Universités de Heidelberg, Nancy et Bâle. Il relate une partie des échanges qui ont eu lieu à Nancy en octobre 2010, dans le cadre des rencontres de travail consacrées à «L'entreprise et la convergence des droits».

Après une analyse comparative menée en novembre 2009 à Heidelberg sur les règles de droit privé applicables au citoyen de l'Union (*Droit privé européen: l'unité dans la diversité – Convergences en droit des biens, de la famille et des successions?*), il paraissait logique de prolonger l'étude de la convergence des droits nationaux sur le terrain du droit de l'entreprise.

Bien que l'intégralité des débats n'ait pas pu être restituée dans les pages qui vont suivre, notamment les discussions nourries sur l'évolution de leurs professions respectives entre éminents représentants du notariat, du barreau et des experts-comptables, cette présentation ouvre d'intéressantes pistes de réflexion sur la convergence des règles nationales destinées aux professions libérales, à l'entreprise civile et à l'entreprise commerciale.

Un grand merci est adressé aux collaborateurs qui ont largement contribué à la réalisation de cet ouvrage: M. Thomas Raff, M. Hyeon-Su Kim et Mme Maren Sievert (Université de Heidelberg) ainsi que, pour le compte-rendu final, M. Mike Herold et Mme Violaine Kocher (Universités de Heidelberg et de Bâle).

Les travaux du programme commun de recherche «Convergence des droits» se poursuivront en 2011 à Bâle sur le thème de l'intervention du juge dans le contrat et en 2012 à Potsdam sur celui de la rationalisation de la justice.

Liliane Nau
Coordinatrice du projet «convergence des droits»
Université de Lorraine

Préface

Dans la lignée de l'analyse comparative des règles de droit privé applicables au citoyen de l'Union, réalisée à Heidelberg, il était naturel de poursuivre par l'étude de la convergence des droits nationaux à propos de l'entreprise. En effet, si les citoyens de l'Union exercent les libertés que leur garantit le Traité, en particulier la liberté d'établissement et la liberté de prestation de services, c'est souvent dans le cadre de groupements aux formes juridiques variées. Le droit de l'Union, soucieux d'effectivité, recourt fréquemment au concept d'entreprise, entendu comme une structure économique, sociale et juridique regroupant des moyens humains, matériels et immatériels orientés vers la production de biens ou la fourniture de services sur un marché concurrentiel. Pour la Cour de justice, «*la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement*» (CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser* contre Macrotron GmbH, Aff. C-. 41/90). Selon les paramètres organisationnels et économiques retenus par la Commission européenne (Recommandation 2003/361/CE du 6 mai 2003), les entreprises sont classées en micro-entreprise, très petite, petite entreprise, moyenne ou grande entreprise, ainsi qu'en groupe. Si les journées de *l'Entreprise et de la convergence des Droits* se sont déroulées à Nancy, c'est sans doute un hommage, en ce lieu et au de-là du temps, à l'œuvre de R. Roblot, et au rôle primordial qu'il y a insufflé au droit commercial; c'est également parce que les frontières toutes proches constituent un appel quotidien au droit comparé: la proximité de la frontière invite à la fois à réfléchir à sa propre identité nationale et à la dépasser. Telle était d'ailleurs la démarche de la première demi-journée nancéienne où, sous un angle à la fois institutionnel et méthodologique, le recours à la méthode comparatiste par la Cour de justice de l'Union et par la Cour de cassation a été mis en évidence. Même lorsque la réflexion comparatiste n'est pas explicitement présente dans les motifs de la décision de la Cour, elle est présente de façon sous-jacente, documentée par le travail approfondi des services de recherche et de documentation qui renseignent les juridictions.

La deuxième demi-journée fut consacrée à l'entreprise civile et aux professions libérales, à un moment où, en Europe, les professionnels du droit ne sont plus seulement considérés comme des individus relevant d'un ordre ou d'une compagnie. L'interprofessionnalité ouvre des horizons autant qu'elle soulève des questions de déontologie et de pratique professionnelle. Plus profondément encore, l'ouverture des marchés et la lutte contre les monopoles conduisent à reconsidérer le statut des professions libérales et à envisager par exemple l'accès de non-professionnels au capital des sociétés civiles professionnelles. En filigrane se posent des questions relatives à la qualité de la justice, qui seront ultérieurement abordées à Potsdam en Octobre 2012, lors des 4^{ème} journées Convergence des droits, consacrées à la rationalisation de la justice.

La troisième demi-journée a permis d'actualiser les contours de la notion de commercialité et de mesurer son adaptation à l'activité individuelle et familiale, que les pouvoirs publics cherchent à stimuler, notamment en France par le statut spécial d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL). Une autre question était celle de la pertinence de la distinction entre société civile et société commerciale.

La quatrième demi-journée fut consacrée au groupement par excellence qu'est la société commerciale: alors même que l'Union aspire à unifier le droit des sociétés, alors même que les formes sociales semblent se répondre en France et en Allemagne, des divergences inattendues sont apparues. D'abord, la perception culturelle du rôle du chef d'entreprise conduit les entrepreneurs à choisir des formes sociales différentes de part et d'autre du Rhin, alors même que les droits nationaux proposent des régimes juridiques équivalents. Ces particularités se prolongent dans les pratiques de gouvernance. Ensuite, certains concepts juridiques sont sans équivalents, pour des raisons liées au développement historique des droits nationaux: le fonds de commerce, spécificité française, en témoigne. Mais il est alors stimulant de constater qu'une approche fonctionnaliste, soucieuse de parvenir à des résultats équivalents, permet de surmonter ces variations nationales lorsque, sur les grands principes, les droits nationaux convergent.

A ce stade, il est tentant d'emprunter à *Teilhard de Chardin*, philosophe des sciences et théologien, son constat que la convergence, nécessaire, ne doit pas être confondue avec une unification ignorante des traditions nationales: «*Comme il arrive aux méridiens à l'approche du pôle, science, philosophie et religion convergent nécessairement au voisinage du tout. Elles convergent, je dis bien; mais sans se confondre, et sans cesser, jusqu'au bout, d'attaquer le réel sous des angles et à des plans différents*» (TEILHARD DE CHARDIN, *Le Phénomène humain*, 1955, p. 22). A l'approche du pôle de paix et de progrès que constitue le droit de l'Union, les traditions nationales juridiques convergent, sans se confondre.

Olivier Cachard et Liliane Nau

Membres du Comité scientifique du Projet Convergence des Droits
Institut de Droit International et Comparé
Institut François GENY, Université de Lorraine

Einführung¹

2009 wurden in Heidelberg privatrechtliche Regeln analysiert, die die natürliche Person, den Unionsbürger, zum Gegenstand haben. Es entbehrte daher nicht einer gewissen Logik, in Nancy mit der Untersuchung einer möglichen Konvergenz auf dem Gebiet des Unternehmensrechts fortzufahren. In der Tat üben die Unionsbürger ihre in den Verträgen garantierten Grundfreiheiten, insbesondere die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, häufig in Gemeinschaft mit anderen wahr, und das in unterschiedlichen rechtlichen Konfigurationen. Das Unionsrecht, auf seine Effektivität bedacht, greift oft auf den Begriff des Unternehmens zurück, das als eine wirtschaftliche, soziale und juristische Einheit verstanden wird, die persönliche, materielle und immaterielle Mittel umfasst und auf die Erzeugung von Gütern oder die Leistung von Diensten auf einem wettbewerblich verfassten Markt gerichtet ist. Folgt man dem Gerichtshof, „umfasst der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“ (EuGH, Urteil v. 23. April 1991, *Klaus Höfner und Fritz Elser* gegen Macrotron GmbH, C-41/90). Nach den Kategorien der Kommission der Europäischen Union (Empfehlung 2003/261/EG v. 6. Mai 2003) werden die Unternehmen eingeteilt in Kleinunternehmen, sehr kleine Unternehmen, kleine Unternehmen, mittlere Unternehmen und große Unternehmen und Gruppen von Unternehmen. Nancy war ein sehr geeigneter Ort für die Tagung über das „Unternehmen und die Konvergenz der Rechte“. Die Tagung war zunächst gleichzeitig eine Hommage an das Werk von *R. Roblot*, das bis heute von großer Bedeutung für das Handelsrecht ist. Die umliegenden Grenzen legen außerdem rechtsvergleichende Arbeiten nahe: Sie laden dazu ein, einerseits über die eigene Identität nachzudenken und andererseits diesen Horizont zu verbreitern. Dieses Vorgehen wurde übrigens für den ersten Halbtage der Tagung gewählt, als unter einem institutionellen wie methodologischen Blickwinkel die rechtsvergleichende Arbeit des Gerichtshofs der Europäischen Union und der Cour de Cassation untersucht wurde. Selbst wenn die vergleichenden Überlegungen nicht ausdrücklich in den Begründungen erscheinen, ist sie unterschwellig präsent und belegt durch die gründliche Arbeit der wissenschaftlichen Dienste, die die Gerichtsbarkeiten beraten.

Der zweite Halbtage wurde der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und den freien Berufen gewidmet, und das zu einem Zeitpunkt, zu dem Juristen nicht mehr allein als Fachleute ihres Standes angesehen werden. Die interdisziplinäre Arbeit („Interprofessionnalité“) eröffnet genauso viele Perspektiven wie sie berufspraktische Fragen aufwirft. Noch deutlicher führen die Öffnung der Märkte und der Kampf gegen die Monopole dazu, den Status der freien Berufe zu überdenken und beispielsweise den Zugang von Laien zum Kapital

¹ Aus dem Französischen übersetzt von *Thomas Raff*.

der Gesellschaften in Betracht zu ziehen. Hieraus ergeben sich neue Fragen, die u.a. die Qualität der Gerichtsbarkeit betreffen, von der in Potsdam im Oktober 2012 (die vierte Tagung der Forschungsgruppe „Convergences des droits“) die Rede sein wird, die der Effektivität der Gerichtsbarkeit gewidmet sein wird.

Der dritte Halbttag ermöglichte uns, die Konturen des Handelsrechts zu schärfen. Wir konnten auch ergründen, inwiefern die handels- und wirtschaftsrechtlichen Begriffe an die individuelle und familiäre Aktivität angepasst werden können. Der Gesetzgeber versucht, diese Aktivitäten anzuregen, insbesondere durch das neue Institut des Einzelunternehmers mit beschränkter Haftung (EIRL). Die Tagungsteilnehmer setzten sich zudem mit der Frage auseinander, welchen Sinn es ergibt, die bürgerlich-rechtlichen Gesellschaften von Gesellschaften handelsrechtlichen Ursprung zu unterscheiden.

Der vierte Halbttag war der Handelsgesellschaft gewidmet. Obgleich die Union die Vereinheitlichung des Gesellschaftsrechts anstrebt, obgleich die Gesellschaftsformen von Frankreich und Deutschland einander zu entsprechen scheinen, haben sich unerwartete Unterschiede aufgetan. Zunächst bringt die kulturelle Vorstellung von der Rolle des Unternehmenschefs die Unternehmer dazu, diesseits und jenseits des Rheins unterschiedliche Gesellschaftsformen zu wählen, obwohl die beiden Rechtsordnungen jeweils äquivalente Rechtsinstitute vorhalten. Diese Besonderheiten zeigen sich auch in den Praktiken der *Governance*. Darüber hinaus gibt es Rechtsinstitute, die in der anderen Rechtsordnung kein Äquivalent kennen. Das ist historisch bedingt. Der „fonds de commerce“, eine französische Besonderheit, steht dafür Pate. Aber es ist dann anregend, festzustellen, dass ein funktioneller Ansatz, der vergleichbare Ergebnisse anstrebt, diese nationalen Eigenheiten überwinden kann, wenn bezüglich der Grundlinien die nationalen Rechte übereinstimmen.

An diesem Punkt ist es verlockend, *Teilhard de Chardin* zu zitieren, Wissenschaftsphilosoph und Theologe, wenn er feststellt, dass die notwendige Konvergenz nicht mit einer Vereinheitlichung verwechselt werden darf, die die Kenntnis der nationalen Traditionen vermissen lässt: „*Comme il arrive aux méridiens à l'approche du pôle, science, philosophie et religion convergent nécessairement au voisinage du tout. Elles convergent, je dis bien; mais sans se confondre, et sans cesser, jusqu'au bout, d'attaquer le réel sous des angles et à des plans différents*“ (TEILHARD DE CHARDIN, *Le Phénomène humain*, 1955, p. 22). Vor dem Hintergrund des Projektes von Frieden und Fortschritt, das die Union u.a. ausmacht, nähern sich die nationalen juristischen Traditionen an, ohne dass sie verwischt werden.

Olivier Cachard und Liliane Nau

Mitglieder des wissenschaftlichen Beirats des gemeinsamen
Forschungsprojekts „Convergence des Droits“ Institut de Droit International
et Comparé, Institut François GENY, Université de Lorraine

Liste des auteurs/Autorenverzeichnis

Olivier Cachard

Professeur de droit privé, Faculté de droit de Nancy, Université de Lorraine

Philippe Corruble

Professeur de droit des affaires HEC Paris

Katrin Deckert

Maître de conférences en droit privé, Université Paris-Ouest Nanterre-La Défense

Géraldine Demme

Maître de conférences en droit privé, Université Paris-Ouest Nanterre-La Défense

Francis Donnat

Maître des requêtes au Conseil d'Etat, Professeur associé à l'Université de Strasbourg, Référendaire à la Cour de justice de l'Union Européenne

Christian Franz

Rechtsanwalt, Düsseldorf

Prof. Dr. Stefan J. Geibel

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Anne Guineret-Brobbe-Dorsman

Maître de conférences en droit privé, Université de Franche Comté

Roman Guski

Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Prof. Dr. Michael Hakenberg

Professor für Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht, Fachhochschule Trier

Emond Jacoby

Notaire, Forbach

Prof. Dr. Peter Jung

Ordinarius für Privatrecht, Universität Basel

Christine Lebel

Maître de conférences en droit privé, Faculté de droit de Nancy, Université de Lorraine

Hugues Letellier

Avocat, Paris

Francine Mansuy

Maître de conférences en droit privé, Faculté de droit de Nancy,
Université de Lorraine

Jean-Denis Mouton

Professeur de droit public, Faculté de droit de Nancy, Université de Lorraine,
Professeur associé à l'Université du Luxembourg

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Christian Müller-Graff

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europarecht
und Rechtsvergleichung, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Liliane Nau

Maître de conférences en droit privé, Faculté de droit de Nancy,
Université de Lorraine

Géraldine Nucera

Faculté de droit de Nancy, Institut François Géný

Dr. Steffen Paulmann

Rechtsanwalt, Frankfurt

Gérard Pluyette

Conseiller Doyen à la première chambre civile de la Cour de cassation

Friederike Schattka

Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Markus Stephani

Rechtsanwalt, Schriesheim

Bernard Teyssié

Président honoraire de l'Université Paris II Panthéon-Assas,
Vice-Président du Conseil National du droit

Evelyne Tichadou

Référéndaire à la Cour de Justice de l'Union Européenne

Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht,
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Table de matières / Inhaltsverzeichnis

Avant-propos	v
Préface	vi
Einführung	viii
Liste des auteurs/Autorenverzeichnis	x
Entreprise et droits européens	1
<i>Peter Jung</i>	
Première Partie: Identité nationale et convergence des droits	
La convergence des droits dans une Fédération d'Etats-Nations	33
<i>Jean-Denis Mouton</i>	
L'application du droit comparé par la Cour de cassation	45
<i>Gérard Pluyette</i>	
La CJUE et les droits nationaux: comparaisons, convergences?	59
<i>Francis Donnat</i>	
Deuxième Partie: Entreprise civile, professions libérales et convergence des droits	
La formation des juristes en France, perspectives d'évolution	67
<i>Bernard Teyssié</i>	
Les métiers du droit dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne	81
<i>Philippe Corruble</i>	
La circulation des actes notariés dans les relations franco-allemandes	101
<i>Edmond Jacoby</i>	

Pratique de la profession d’avocat: regards franco-allemands 119
Hugues Letellier

**Fragen und Perspektiven der Expertenhaftung in Europa – Die
 Dritthaftung von Sachverständigen für fehlerhafte Informationen** 123
Friederike Schattka

Troisième Partie: **Entreprise commerciale et convergence des droits**

**Voyage interculturel dans le droit de l’entreprise franco-
 allemand: extraits d’un carnet de voyage** 153
Anne Guineret-Brobbel Dorsman

Première Sous-Partie: **Entreprise et commercialité**

Der Einzelkaufmann und seine Haftung im deutschen Recht 171
Michael Hakenberg

Du commerçant à l’EIRL en droit français 187
Evelyne Tichadou

**Approche comparative du statut du conjoint du chef d’entreprise
 participant à l’entreprise familiale en droit français et italien** 205
Carmela Géraldine Nucera

Deuxième Sous-Partie: **Distinction société civile – société commerciale**

**Sociétés civiles – sociétés commerciales en droit allemand:
 Existe-t-il encore une différence?** 215
Marc-Philippe Weller

**Sociétés civiles, sociétés commerciales:
 une distinction encore pertinente en droit français?** 225
Christine Lebel

Troisième Sous-Partie: **Entreprise et sociétés commerciale**

Sociétés de personnes et sociétés de capitaux: «summa divisio»? 237
Stefan J. Gebel

Regards croisés sur le statut des dirigeants de sociétés 245
Géraldine Demme/Steffen Paulmann

**Anwendungsproblem bei der grenzüberschreitenden
Beteiligung von Kapitalgesellschaften: deutsch-niederländisches
Fallbeispiel** 265
Markus Stephani

**La concurrence entre les systèmes: modèle moniste ou
modèle dualiste d'organisation des pouvoirs de direction
et de contrôle de la société anonyme** 269
Katrin Deckert

Quatrième Sous-Partie: **Entreprise et patrimoine**

Le fonds de commerce: was ist das? 291
Christian Franz

**Haftungsbeschränkung à la carte? Vergleichende
Bemerkungen zur Durchgriffshaftung im deutschen und
französischen Gesellschaftsrecht** 311
Roman Guski

**La responsabilité personnelle des associés de sociétés à
responsabilité limitée (SARL)** 337
Francine Mansuy

Konvergenz im Unternehmensrecht?
Schlusswort 349
Peter-Christian Müller-Graff

**Colloque du programme commun de recherche «convergence
des droits», Nancy, 21 et 22 octobre 2010** 353
Mike Herold

Index 357